

V Reunión de Fiscales Especialistas en Siniestralidad Laboral.

Málaga 18 y 19 de octubre de 2010

CUESTIONES A TRATAR

1. Evolución de la Siniestralidad Laboral.
2. Comparativa de la actuación del Ministerio Fiscal.
3. Recepción de sentencias.
4. Cuestiones organizativas y despacho de asuntos.
5. Estadísticas y Fortuny.
6. Inspección de Trabajo.
7. Policía Judicial.
8. Comunicación de datos.
9. Diligencias de investigación.
10. Dilaciones procesales.
11. Acciones Populares.
12. Escritos de acusación.
13. Concursos.
14. Lesiones imprudentes.
15. Infracción Penal/Infracción administrativa.
16. Enfermedades profesionales.
17. Autónomos.
18. Tercero ajeno lesionado.
19. Servicios de prevención.
20. Recursos preventivos.
21. Prescripción en responsabilidad profesional.
22. Responsabilidad civil-renuncia.
23. Proyecto ley de Reforma Laboral

1.- EVOLUCIÓN DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL.-

La evolución puede perfectamente apreciarse en los siguientes cuadros:

I.-INTRODUCCIÓN.

1.- EVOLUCIÓN DE LA SINIESTRALIDAD EN ESPAÑA: Accidentes con baja en jornada de trabajo.

	<u>AÑO 2006</u>	<u>AÑO 2007</u>	<u>AÑO 2008</u>	<u>AÑO 2009</u>
Mortales	966	844 (-12,6%)	831 (-1,5%)	632 (-23,9%)
Lesiones graves	8.773	8.733 (-045%)	7.064 (-19,1%)	5.073 (-28,1%)
Lesiones leves	925.004	924.774 (-0,02%)	821.046 (-11,2%)	599.368 (-27%)
TOTAL	934.743	934.351 (-0,04%)	828.941 (-11,3%)	605.073 (-27%)

I.- INTRODUCCIÓN

1.- EVOLUCIÓN DE LA SINIESTRALIDAD EN ESPAÑA: Accidentes con baja en jornada de trabajo.

	<u>Abril 08- Marzo 09</u>	<u>Abril 09- Marzo 10</u>	<u>Diferencia</u>	<u>Porcentaje</u>
Total	751.870	582.538	-169.332	-22,5%
Lesiones leves	744.658	577.058	-167.600	-22,5%
Lesiones graves	6.463	4.854	-1.609	-24,9%
Mortales	749	626	-123	-16,4%

I.- INTRODUCCIÓN

1.- EVOLUCIÓN DE LA SINIESTRALIDAD EN ESPAÑA: Accidentes con baja en jornada de trabajo.

	<u>julio 08- junio 09</u>	<u>julio 09- junio 10</u>	<u>Diferencia</u>	<u>Porcentaje</u>
Total	682.797	573.296	-109.501	-16%
Lesiones leves	676.319	567.910	-408.409	-16%
Lesiones graves	5.788	4.788	-1.000	-17,3%
Mortales	690	598	-92	-13,3%

2.- COMPARATIVA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.-

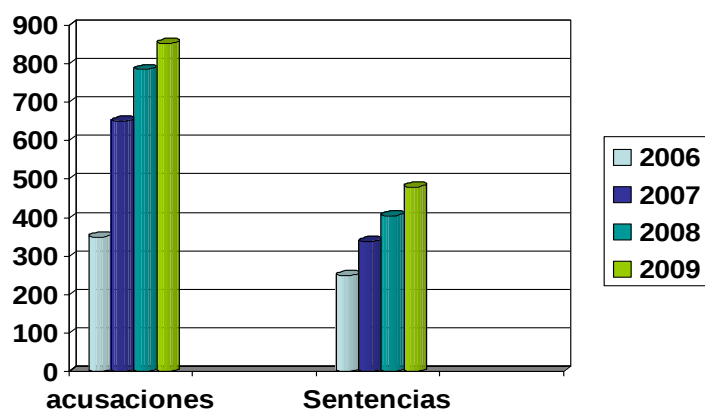
Los siguientes cuadros dan una idea de la evolución de la actuación del Ministerio Fiscal durante el cuatrienio que funciona como órgano el Fiscal de Sala Coordinador de Siniestralidad laboral:

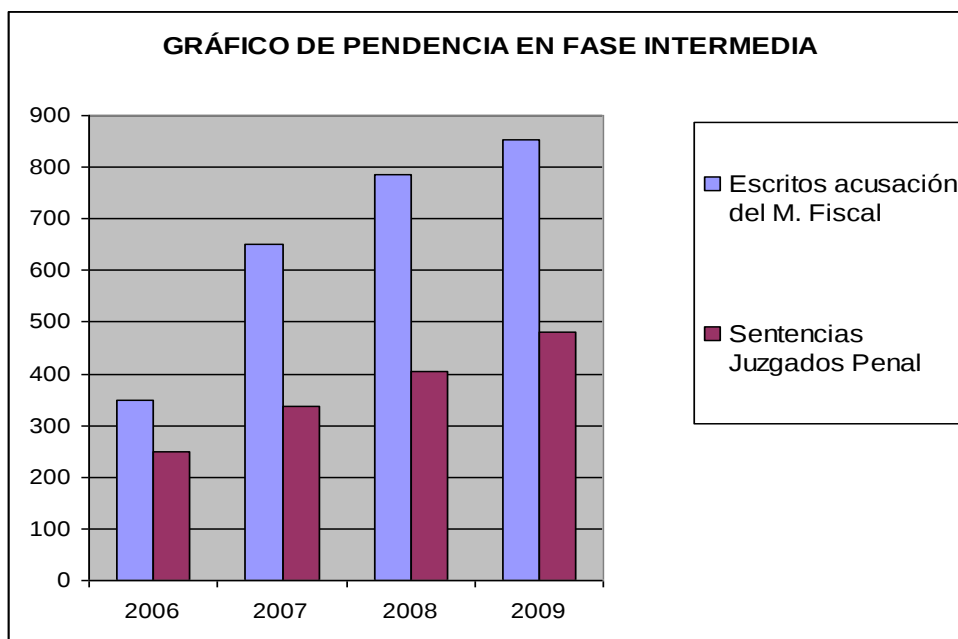
1.-INTRODUCCIÓN.

2.- COMPARATIVA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.

	Año 2006	Año 2007	Año 2008	Año 2009
Escritos de acusación del M. Fiscal	350	650	785	852
Sentencias Juzgados penal	249	337	405	480
Sentencias Audiencias	47	105	139	144

**GRÁFICO COMPARATIVO ESCRITOS DE CALIFICACIÓN
SENTENCIAS JUZGADOS DE LO PENAL.**





I.- INTRODUCCIÓN

2.- COMPARATIVA ACTUACIÓN MINISTERIO FISCAL

- **CONTROL DE FALLECIDOS: P. HOMICIDIO:**

- * 2006: 966 muertos: 487 procedimientos incoados: supone un 50,41%.
- * 2007: 844 muertos: 503 procedimientos incoados: supone un 59,99%.
- * 2008: 831 muertos: 461 procedimientos incoados: supone un 55,47%.
- * 2009: 632 muertos: 363 procedimientos incoados: supone un 57,43%.

3.- RECEPCIÓN DE SENTENCIAS.-

El siguiente cuadro pone de relieve el número de sentencias remitidas al Fiscal de Sala Coordinador por parte de los Fiscales Delegados:

I.- INTRODUCCIÓN

2.- COMPARATIVA ACTUACIÓN MINISTERIO FISCAL

Sentencias del juzgado de lo penal durante 2008	Según memoria de las Fiscalías: 405	Remitidas al Fiscal de Sala: 262 (64,7%)
Sentencias del juzgado de lo penal durante 2009	Según memoria de las Fiscalías: 480	Remitidas al Fiscal de Sala: 312 (65%)
Sentencias de Audiencias durante 2008	Según las bases de datos consultadas: 134	Según las memorias de las Fiscalías: 117 (87,3%)
Sentencias de Audiencias durante 2009	Según las bases de datos consultadas: 144	Según las memorias de las Fiscalías: 110 (76,4%)

11

4.- CUESTIONES ORGANIZATIVAS Y DESPACHO DE ASUNTOS.-

En esta materia se trata si debe incluirse o no, como materia obligatoria que deban conocer las Secciones de Siniestralidad de las Fiscalías, el nuevo delito de acoso laboral del párrafo segundo del art. 173.1 del C.P., llegando a la siguiente conclusión:

II.- CUESTIONES ORGANIZATIVAS:

A. SECCIONES DE SINIESTRALIDAD LABORAL

CONCLUSIÓN ACTUAL: *La competencia de las secciones de Siniestralidad Laboral abarcará necesariamente la intervención en la tramitación de las Diligencias de Investigación preprocesal y de los procedimientos por delitos de riesgo comprendidos en los artículos 316 y 317 del CP y por las infracciones de resultado lesivo, de los artículos 142, 152 y 621 del CP, como consecuencia accidente laboral (apartado VI.2 de la Instrucción 5/2007, de la Fiscalía General del Estado), sin perjuicio de que, fuera del ámbito de competencia propia de las Secciones, pueda asignarse a los Fiscales que las integran otro tipo de procedimientos relacionados con los delitos contra los derechos de los trabajadores, así como de acoso laboral o de procedimientos relacionados con la Jurisdicción Social. La remisión de comunicaciones por parte de los Fiscales Delegados de las Secciones de S.L. sólo se referirá a las infracciones que constituyen materia de específica competencia de éstas.*

13

5.- ESTADÍSTICAS Y FORTUNY.-

En este punto se trata de la necesidad de que todos los Fiscales Delegados utilicen la aplicación informática Fortuny para la obtención de unas estadísticas que sean fiables. Además de la presentación que se hace se les remite un manual ad hoc elaborado por la Unidad de Apoyo con antelación a la celebración de la reunión, cuyo contenido es el siguiente:

II.- CUESTIONES ORGANIZATIVAS:

A. SECCIONES DE SINIESTRALIDAD LABORAL

3. Estadística:

Resulta imprescindible unificar la estadística siguiendo los criterios acordados en las conclusiones de Ávila, León, Toledo y Salamanca.

- Deberá procurarse reflejar los datos de la aplicación informática (FORTUNY). Para ello deberán darse las instrucciones precisas a los funcionarios para la correcta introducción de los mismos.
- Cuando los datos de la aplicación informática no reflejen la realidad se aportarán los datos controlados por los propios Fiscales.
- En la estadística anual se presentarán los datos referidos al año en curso y al año anterior, teniendo en cuenta que éstos deben coincidir con los que se aportaron el pasado año.

16

USO DE LA APLICACIÓN FORTUNY EN LA GESTIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LAS SECCIONES DE SINIESTRALIDAD LABORAL

La aplicación está preparada para servir en la gestión y en el control de la actividad a través de dos utilidades:

- La grabación de la información.
- La explotación de la información grabada.
-

Grabación de la información

Lo fundamental es la posibilidad de asociar el grupo Siniestralidad Laboral a cualquier procedimiento, tanto de Fiscalía como judicial. A partir de ese momento el procedimiento queda marcado especialmente para la mejor explotación de cuanto información se le asocie.

Pantalla de grabación de diligencias de investigación

Registro Tramitación Listados Estadísticas Agenda Bandeja E/S Consulta Dict. Administración				
Registro Asunto Diligencias de Fiscalía				
Datos del Asunto Intervinientes				
Datos Órgano	*Población	CACERES		
	*Tipo Órgano	FISCALÍA PROVINCIAL		
	*Órgano Judicial	FISCALÍA PROVINCIAL		
Datos Proc.	*Orden	PENAL		
	*Procedimiento	DILIG. INVESTIGACION PENAL		
	*Estado Actual	REGISTRADO		
	*Fecha Entrada	07-06-2010	*Fecha Incoación	07-06-2010
Datos Denun.	Origen Denuncia			
	Detenido	☐ Si ☒ No		
Datos Delito	*Hecho/Delito			
	*Grupos	SEGURIDAD VIAL SIN ESPECIFICAR SINIESTRALIDAD LABORAL		
	*Fecha Delito			
	*Hora			
	*Localidad			
	*Acta Inspección			
Datos Reg.	Registrado por	JSA10037	*Fecha de Registro	07-06-2010
	Observaciones			

Aceptar | **Limpiar**

- Permite asignarlas al grupo siniestralidad laboral
- Permite asociarlas a actas de Inspección de la Administración.
- El campo delitos permite asociar cualquiera de los recogidos en el Código Penal.

Pantalla de grabación de un procedimiento penal

Registro | Tramitación | Listados | Estadísticas | Agenda | Bandeja E/S | Consulta Dict. | Administración

Jdo. Instrucción | Asuntos

Datos del Asunto | Intervinientes | Gestión de Delitos | Gestión de Presos

Datos Órgano

- *Población: CACERES
- *Tipo Órgano: JDO.PRIMERA INST. /INSTRUCCION
- *Órgano Judicial: JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 1

Datos Proc.

- *Procedimiento: DILIGENCIAS PREVIAS
- *Nº Procedimiento: /
- *Estado Actual: REGISTRADO
- *Fecha Entrada: 07-06-2010
- *Fecha Incoación: 07-06-2010

Datos Denun.

- Origen Denuncia:
- Nº Denuncia: /
- Comisaría:
- Detenido: ☐ Si ☒ No
- Preso: ☐ Si ☒ No

Datos Delito

- *Hecho/Delito:
- *Grupos: SEGURIDAD VIAL, SIN ESPECIFICAR, SINIESTRALIDAD LABORAL
- Fecha Delito:
- Hora:
- Localidad:

Datos Origen

- Población:
- Tipo Órgano:
- Órgano Judicial:
- Proc. Origen:
- NGF: /
- Nº Procedimiento: /

Datos Reg.

- Registrado por: JSA10037
- *Fecha de Registro: 07-06-2010
- Observaciones:

Aceptar **Limpiar**

- Permite la asignación al grupo siniestralidad laboral.
- La asignación al grupo puede hacerse en cualquier momento, es decir, en cualquier fase del procedimiento y a cualquier tipo de procedimiento.
- El campo delitos permite asociar cualquiera de los recogidos en el Código Penal.

Particularidades en la grabación de intervinientes asociados a las diligencias de investigación o procedimiento judicial

Añadir Interviniente

D. Inter

- *Tipo Intervención:
- *Tipo Interviniente: ENTIDAD
- *Tipo Identificación:
- Identificación:
- Entidad:

D. Ent

- Actividad:
- Vía:
- Nº:
- Población:
- País:
- Fax:
- Nombre Vía:
- Piso:
- CP:
- Teléfono:
- E-mail:

Buscar

Aceptar **Limpiar** **Cancelar**

- Cuando se graba un tipo de interviniente Entidad, se puede recoger su adscripción a alguno de los sectores productivos que se consignan.

Explotación de la información

Se pueden utilizar las siguientes herramientas:

- Listados.
- Búsquedas
- Estadísticas.

Listados

1) Listado de procedimientos por grupo de delito:

Registro

Tramitación

Listados

Estadísticas

Agenda

Bandeja E/S

Consulta Dict.

Administración

Listado de Procedimientos por Grupo de Delito

Órgano Judicial

Población

CACERES

Tipo Org.

FISCALÍA PROVINCIAL

Órgano Judicial

FISCALÍA PROVINCIAL

Datos Proc.

Procedimiento

DILIG. INVESTIGACION PENAL

Grupos Delito

Grupos

SEGURIDAD VIAL
SIN ESPECIFICAR
SINIESTRALIDAD LABORAL

Fecha Incoación

Desde

Hasta

Listado

Limpiar

Volver

Fiscalía Provincial
Caceres

PROCEDIMIENTOS POR GRUPO DE DELITO

Fecha: 07-06-2010

Hora: 12:36

Usuario: JSA10037

Período Solicitado: Desde 07-06-2009 hasta 07-06-2010

Grupo: SINIESTRALIDAD LABORAL

Órgano Judicial	Localidad	T.Proc.	Nº Proc.	F.Incoación	NGF	Delito
FISCALÍA PROVINCIAL	CACERES	DIP	0000045/2009	09-12-2009	0000445/2009	ABANDONO DE DESTINO
FISCALÍA PROVINCIAL	CACERES	DIP	0000046/2009	09-12-2009	0000448/2009	ABANDONO DE FAMILIA
FISCALÍA PROVINCIAL	CACERES	DIP	0000047/2009	09-12-2009	0000451/2009	ABANDONO DE NIÑOS
FISCALÍA PROVINCIAL	CACERES	DIP	0000048/2009	09-12-2009	0000453/2009	ABORTO
FISCALÍA PROVINCIAL	CACERES	DIP	0000049/2009	09-12-2009	0000454/2009	ABORTO POR IMPRUDENCIA
FISCALÍA PROVINCIAL	CACERES	DIP	0000052/2009	14-12-2009	0000560/2009	DELITOS ELECTORALES

Total causas en CACERES FISCALÍA PROVINCIAL: 6

Total causas por SINIESTRALIDAD LABORAL : 6

Total Causas: 6

Listado de procedimientos por delito

Registro / Tramitación / Listados / Estadísticas / Agenda / Bandeja E/S / Consulta Dict. / Administración			
Listado de Procedimientos por Delito			
☒ Órgano Judicial	☒ Población	CACERES	
	☒ Tipo Org.	JDO.PRIMERA INST. /INSTRUCCION	
	☒ Órgano Judicial	JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 1	
☒ Datos Proc.	☒ Procedimiento		
☒ Datos Delito	☒ *Delito	CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL CONTRA LA SEG.E HIGIENE EN TRABAJO POR IMPRUDI CONTRA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO	
☒ Fecha Incoación	☒ Desde		☒ Hasta
☒ Listado ☒ Limpiar ☒ Volver			

Todos los listados de la aplicación (actualmente, hay un total de 21) pueden explotarse para el control, pero hay algunos que en este momento ya tienen precargado el filtro grupo de delito para afinar la búsqueda. En caso de estimarse necesario, al conjunto de listados que actualmente tiene la aplicación se le puede añadir este filtro.

1) Listado de presos preventivos:

Registro / Tramitación / Listados / Estadísticas / Agenda / Bandeja E/S / Consulta Dict. / Administración			
Listado de Presos Preventivos			
☒ Órgano Judicial	☒ *Población		
	☒ *Tipo Org.		
	☒ *Órgano Judicial		
☒ Presos Preventivos	☒ Presos Preventivos en su Totalidad	☒	
	☒ Presos a 2 Meses de Cumplir su Prisión Preventiva	☐	
☒ Grupo Delito	☒ Grupo	SEGURIDAD VIAL SIN ESPECIFICAR SINIESTRALIDAD LABORAL	
☒ Listado ☒ Limpiar ☒ Volver			

2) Listado de sentencias:

Registro Tramitación Listados Estadísticas Agenda Bandeja E/S Consulta Dict. Administración

Listado de Sentencias

Órgano Judicial	Orden	PENAL
	Población	
	Tipo Org.	
	Órgano Judicial	
Fecha Sentencia	Desde	Hasta
Datos Sentencia	Fallo	
	Sentencia Firme	☐ Sí ☐ No ☒ Todas
	Recurrida	☐ Sí ☐ No ☒ Todas
	Intervinientes	☐ Sí ☐ No
Grupo Delito	Grupo	SEGURO VIAL SIN ESPECIFICAR SINIESTRALIDAD LABORAL

Listado Limpiar Volver

3) Listado de sentencias firmes pendientes de ejecución:

Listado de Sentencias Firmes Pendientes de Ejecución

Órgano Judicial	Orden	PENAL
	Población	
	Tipo Org.	
	Órgano Judicial	
Fecha Sentencia	Desde	Hasta
Datos Sentencia	Fallo	
Detalle Intervinientes	Intervinientes	☐ Sí ☐ No
Grupo Delito	Grupo	SINIESTRALIDAD LABORAL TRAFICO DE DROGAS VIOLENCIA DE GENERO

Listado Limpiar Volver

4) Listado de suspensión de condena pendientes de remisión

Listado de Suspensión de Condena Pendientes de Remisión

Órgano Judicial	Población	
	Tipo Org.	
	Órgano Judicial	
Grupo Delito	Grupo	SEGURO VIAL SIN ESPECIFICAR SINIESTRALIDAD LABORAL

Listado Limpiar Volver

Búsquedas

- 1) **Búsqueda por procedimiento:** Las múltiples posibilidades que la pantalla contiene, cuentan específicamente con un filtro de grupo de delito.

Búsqueda por Procedimiento			
Categoría	Tipo	Nombre	
Órgano Judicial	Población		
	Tipo Órg.		
	Órgano Judicial		
Datos Proc.	Procedimiento		
	Nº Proc. Desde		Hasta
	NGF Desde		Hasta
	Estado		
	Grupos	SINIESTRALIDAD LABORAL	
	F Entrada Desde		Hasta
Otros Datos	NIG		

Buscar Limpiar Cancelar

- 2) **Búsqueda por interviniente:** Las múltiples posibilidades que la pantalla contiene, cuentan específicamente con un filtro de grupo de delito.

Búsqueda por Interviniente				
Interviniente	Tipo Interviniente	PERSONA		
	Tipo Intervención			
	Apellido 1	Apellido 2		
	Nombre	Alias		
Órgano Judicial	Población			
	Tipo Órg.			
	Órgano Judicial			
Datos Proc.	Procedimiento			
	Nº Proc. Desde		Hasta	
	NGF Desde		Hasta	
	Estado			
	Grupos	SINIESTRALIDAD LABORAL		
	Otros Datos	NIG		

Buscar Limpiar Cancelar

3) **Búsqueda por estado de tramitación del procedimiento:** Las múltiples posibilidades que la pantalla contiene, cuentan específicamente con un filtro de grupo de delito.

Primero vemos la cantidad de estados que se pueden depurar respecto de un procedimiento concreto (cada procedimiento tiene su propio catálogo de estados).

Búsqueda por Estado

☒ Categoría	☒ Tipo		☒ Nombre	
☒ Órgano Judicial	☒ Población	CACERES		
	☒ Tipo Órg.	JDO.PRIMERA INST. /INSTRUCCION		
	☒ Órgano Judicial			
☒ Datos Proc.	☒ Procedimiento	DILIGENCIAS PREVIAS		
	☒ Nº Proc. Desde	/	☒ Hasta	/
	☒ NGF Desde	/	☒ Hasta	/
	☒ Estado			
☒ Otros Datos	☒ Grupos			
	☒ NIG			

☒ Buscar
 ☒ Limpiar
 ☒ Cancelar

Datos del expediente seleccionado

CAUSA CERRADA
 PDTE. CALIFICACION
 PDTE. DICTAMEN
 PDTE. FIRMA
 PDTE. VISADO
 PDTE. VISTO
 REGISTRADO
 SUSPENDIDO
 TERMINADO
 TRAMITE EN EL JUZGADO

A continuación, cómo se puede seleccionar un concreto grupo de delito.

Búsqueda por Estado

☒ Categoría	☒ Tipo		☒ Nombre	
☒ Órgano Judicial	☒ Población	CACERES		
	☒ Tipo Órg.	JDO.PRIMERA INST. /INSTRUCCION		
	☒ Órgano Judicial			
☒ Datos Proc.	☒ Procedimiento	DILIGENCIAS PREVIAS		
	☒ Nº Proc. Desde	/	☒ Hasta	/
	☒ NGF Desde	/	☒ Hasta	/
	☒ Estado			
☒ Otros Datos	☒ Grupos	SINIESTRALIDAD LABORAL		
	☒ NIG			

☒ Buscar
 ☒ Limpiar
 ☒ Cancelar

Estadísticas

La estadística anual tiene parametrizadas hasta cinco estadísticas que concretamente responden al grupo siniestralidad laboral. Vienen expresamente seleccionadas en la pantalla siguiente.

Estadísticas Anuales

☒ Órgano Judicial

☒ *Fiscalía

☒ Periodo

☒ *Año

☒ Orden

☐ Civil ☒ Penal ☐ Contencioso-Administrativo ☐ Social ☐ Vig.Penitenciaria ☐ Discapacidad

☒ Estadísticas

☐ Juicio de Faltas

☐ Sentencias

☐ Diligencias Urgentes

☐ Diligencias Previas

☐ Diligencias Preprocesales Penales

☒ Diligencias de Investigación (S.Laboral)

☒ Juicios de Faltas (S.Laboral)

☒ Procedimientos Pendientes (S.Laboral)

☐ Indulto

☐ Todas las estadísticas

☐ Ejecutorias

☐ Procedimientos Abreviados en los Juzgados de Instrucción

☐ Tribunal del Jurado

☐ Comparecencias de Prisión

☐ Sumarios

☒ Causas por Delitos Incoados (S.Laboral)

☒ Causas con Acusación o Resueltas (S.Laboral)

☐ Habeas Corpus

☐ Juicios

☒ Documentos

☒ *Presentación

☒ Presentación por pantalla (sólo una estadística)

☐ Envío por correo electrónico

☒ E-mail

1) Presentación de la estadística de diligencias de investigación:

**Fiscalía
Provincial
Caceres
Año: 2009**

ESTADÍSTICA PENAL - DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

Estado B
Fecha: 07-06-2010
Hora: 12:44

DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN	
INCOADAS	6
ARCHIVADAS	1
DEINUENCIAS O QUERELLAS	3
EN TRAMITACIONES	5

2) Presentación de la estadística de juicios de faltas.

Fiscalía
Provincial
Caceres
Año: 2009

ESTADÍSTICA PENAL - SINIESTRALIDAD JUICIO DE FALTAS

Estado B
Fecha: 07-06-2010
Hora: 12:44

JUICIO DE FALTAS	
Falta Imprudencia Leve Lesiones Acc Laboral 621	6
Falta Imprudencia Leve Muerte Laboral 621	2
Homicidio por Accidente Laboral	3
Lesiones por Accidente Laboral	2

3) Presentación de la estadística de procedimientos pendientes:

Fiscalía
Provincial
Caceres
Año: 2009

ESTADÍSTICA PENAL - SINIESTRALIDAD PROCEDIMIENTOS PENDIENTES

Estado B
Fecha: 07-06-2010
Hora: 12:44

PROCEDIMIENTOS PENDIENTES	
Por delito de homicidio en accidente laboral	4
Por delito de lesiones en accidente laboral	3
Por delito de riesgo sin resultado lesivo	2
Otros delitos	17

4) **Presentación de la estadística de causas por delitos incoados.**



Fiscalía
Provincial
Cáceres
Año: 2009

**ESTADÍSTICA PENAL - CAUSAS POR DELITOS
INCOADOS**

Estado B
Fecha: 07-06-2010
Hora: 12:44

CAUSAS POR DELITOS INCOADOS	
Por delito de homicidio en accidente laboral	4
Por delito de lesiones en accidente laboral	3
Por delito de riesgo sin resultado lesivo	2
Otros delitos	26

5) **Presentación de la estadística de causas con acusación o resueltas.**



Fiscalía
Provincial
Cáceres
Año: 2009

**ESTADÍSTICA PENAL - SINIESTRALIDAD ACUSACIÓN O
RESUELTAS**

Estado B
Fecha: 07-06-2010
Hora: 12:44

CAUSAS QUE SE HA FORMULADO ESCRITO DE ACUSACIÓN O RESUELTAS CON SENTENCIA	
Escritos de acusación del Ministerio Fiscal	2
Sentencias del Juzgado de lo Penal	2
Sentencias de la Audiencia Provincial resolviendo recursos de apelación contra sentencias del Juzgado de lo Penal	0

Cerrado en junio 2010

6.- RELACIONES CON LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.-

La ficha que se reproduce a continuación es suficientemente expresiva de la evolución de la relación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con la Fiscalía:

2) RELACIONES INSTITUCIONALES: 1.- COMUNICACIONES DE LA INSPECCION A FISCALÍA DURANTE AÑOS 2007-2008-2009:

EXPEDIENTES REMITIDOS AL FISCAL	2007	2008	2009
Infracciones muy graves	83	59(-28,9%)	21 (-64,4%)
Infracciones maternidad	1	0	1
Infracciones menores	9	7(-22,2%)	4 (-42,2%)
Infrac. trabajadores sensibles a determ. riesgos	0	5	0
Infrac. graves incumplimientos reiterados empresas	13	26 (+100%)	10 (-61,5%)
Infrac. graves conductas sistematicam incumplidoras E.	27	57 (+111,1%)	49 (-14%)
Inobserv. grave incumplim. propuesta S. Prevención	12	36 (+200%)	4 (-88,9%)
Paralizaciones	119	92 (-22,7%)	69 (-25%)
Accidentes de trabajo mortales	198	174 (-12,1%)	175
Accidentes de trabajo graves	291	532 (+82,8%)	490 (-7,9%)
Otros accidentes de trabajo	166	293 (+76,5%)	531(+81,2%)
TOTALES	919	1277 (+38,9%)	1321 (+3,4%)

30

7.- POLICÍA JUDICIAL.-

En este punto remitimos la ficha que reproduce el Decreto del Fiscal de Madrid, en aplicación del protocolo vigente en esta capital, en virtud de al cual se ordena la intervención de la policía local en la investigación de siniestros laborales, de manera que pueda servir de guía para actuaciones similares de los Fiscales en otras Fiscalías Provinciales. previamente se incorpora la Ficha que sirvió de orientación para el tratamiento de la evolución de la intervención de la policía judicial en estos tipos delictivos.

2) RELACIONES INSTITUCIONALES: 2.- ACTUACIÓN POLICÍA JUDICIAL:

- Protocolo Marco 19/09/2007.
- Cursos de especialización:
 - * Policía Judicial (G. civil –P. Nacional).
 - * Policía Local (Madrid – otras Provincias y comunidades).
 - * Mixto, con intervención de Policía judicial, Inspectores de T. y Médicos forenses.
- Mejora sustancial en atestados: Fotografías, etc.
- Buen reflejo en las sentencias de los Juzgados.

Dirijo a V. el presente, en aplicación del Artículo 4, apartados 3 y 4 de la Ley 50/1981, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, **al objeto de requerirle a fin de que dé las órdenes oportunas para que**, con arreglo a lo establecido en el Artículo 1 de RD 769/1987, de regulación de la Policía Judicial, y en aplicación del protocolo de actuación incluido como Anexo I del Convenio de Colaboración entre la Fiscalía del TSJ de Madrid, el Instituto Regional de Seguridad y Salud en el trabajo de la Comunidad de Madrid, la Dirección Territorial de la Inspección de trabajo y Seguridad social y el Ayuntamiento de Madrid, **se proceda**, con observancia de las reglas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, **a practicar las primeras diligencias de prevención, aseguramiento y custodia previstas en el Artículo 4 del RD antes referido, así como las primeras diligencias de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del presunto culpable del mismo, documentándose las mismas en atestado policial que será remitido a la Fiscalía Coordinadora del Área de Seguridad Laboral de Madrid, en un plazo de 72 horas, o bien remitir un avance informativo y dar comunicación verbal en las 24 horas del siguiente día laboral de las diligencias practicadas.**

8.- COMUNICACIONES DE DATOS.-

A) CESIÓN O COMUNICACIÓN DE DATOS A LOS SINDICATOS.-

Esta cuestión se suscita como consecuencia de la necesidad de dar cumplimiento a los convenios suscritos con las Centrales Sindicatos, en la mayoría de los cuales se establece el acuerdo de intercambiar información entre las Fiscalías y dichas organizaciones sindicales, y el verdadero problema es qué tipo de información se puede intercambiar.

Para delimitar el contenido de la información que desde la Fiscalía se dé a los Sindicatos tenemos que tener en cuenta la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal, la Instrucción 6/2001, de la F.G.E., sobre ficheros automatizados de datos personales gestionados por el Ministerio Fiscal y el Real Decreto 93/2006, de 3 de febrero, por el que se regula el sistema de información del Ministerio Fiscal.

En la Instrucción 6/2001, se regula precisamente el fichero relativo a la siniestralidad laboral.

El art. 11.1 de la L.O. 15/1999, establece “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”. De acuerdo con el mismo, la cesión de datos de carácter personal a terceros, exigen el previo consentimiento del interesado.

Ni en el R.D. 93/2006, ni en la Instrucción 6/2001, se contiene autorización para poder trasladar o ceder los datos contenidos en los procedimientos judiciales o en las sentencias a las que tenemos acceso y que vienen a configurar nuestras bases de datos (en Fortuny, por ejemplo) a terceros.

Por lo tanto, no podemos trasladar a los sindicatos copias de nuestros escritos de calificación, de sobreseimiento, o sentencias en las que se contengan datos personales de acusados o condenados.

El cumplimiento de las cláusulas de los Convenios con los Sindicatos en los que se prevé este intercambio de información se puede llevar a cabo trasladando a estas organizaciones los datos estadísticos, sin que se pueda contener en los mismos datos que permitan poner en conexión los mismos con alguna persona o entidad. En el supuesto caso en que se le dé traslado de calificaciones o de sentencias deberán eliminarse toda mención de identidad o elementos identificadores de los acusados, o, en su caso, condenados, tales como nombre la empresa, localidad, o forma del accidente si que cualquiera de estos datos permiten la identificación personal.

B) CESIÓN O COMUNICACIÓN DE DATOS A LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y A LA AUTORIDAD LABORAL.-

La cuestión es distinta cuando nos referimos a la Inspección de Trabajo y a la Autoridad Laboral, porque en ambos casos, existen disposiciones legales que regulan la cesión de datos. La normativa aplicable en estos supuestos serían los arts. 3.2 y 52.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre sanciones e

infracciones del orden social y el art. 9.5 de la ley 42/1997, de 14 de noviembre, reguladora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El art. 3.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, señala “En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones”. Si tenemos en cuenta que la Autoridad Laboral “se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador”, la resolución que determine si debe o no reanudar el procedimiento sancionador, tiene que llegar a conocimiento de aquélla. De tal manera, que cuando se trate de diligencias de investigación, el Ministerio Fiscal deberá trasladar a la Administración la resolución mediante la que se archiven las mismas, puesto que no iniciado el procedimiento penal, claramente debe reanudarse el expediente sancionador. También comunicará la presentación de la denuncia o la querella, poniendo así en conocimiento de la Administración la iniciación del procedimiento judicial, pero, sobre todo, porque puede suceder que las personas sobre las que recae la querella o la denuncia no sean las mismas sobre las que se sigue el expediente sancionador, y, en este caso, se podría proseguir el procedimiento sancionador respecto de aquéllas. Si el momento en que se concreta la imputación penal es la presentación del escrito de calificación provisional, parece oportuno que dicho escrito se ponga en conocimiento de la Autoridad Laboral de forma que pueda, ésta, decidir la prosecución o no de los trámites del expediente sancionador.

También podríamos encontrar justificación a la remisión de los escritos de denuncia, de querrela o de calificación provisional en el art. 9.5 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, reguladora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que señala “Los Juzgados y Tribunales facilitarán a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a petición de la misma, los datos de trascendencia para la función inspectora que se desprendan de las actuaciones en que conozcan y que no resulten afectados por el secreto sumarial”.

Por último, reiterar que en relación con las Sentencias, existe una obligación legal para el Ministerio Público, expresada en el art. 52.3 del TR 5/2000, que dice “Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá notificar, en todo caso, a la autoridad laboral y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la existencia de un procedimiento penal sobre hechos que puedan resultar constitutivos de infracción. Dicha notificación producirá la paralización del procedimiento hasta el momento en que el Ministerio Fiscal notifique a la autoridad laboral la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento dictado por la autoridad judicial.” Se justifica esta obligación en la necesidad de resolver si debe o no seguirse el procedimiento administrativo sancionador.

C) INFRACCIÓN Y SANCIONES EN MATERIA DE CESIÓN DE DATOS.-

El art. 44.3.g) de la L.O. 15/1999, castiga como infracción grave, la vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal incorporados a ficheros que contengan datos relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales...

El art. 44.4.b) de la L.O. 15/1999, castiga como infracción muy grave, la comunicación o cesión de datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidos.

El art. 45 de la L.O. 15/1999, prevé las sanciones:

- Para las infracciones leves, la multa de 601 a 60.000 euros.
- Para las infracciones graves, la multa de 60.001 a 300.000 euros.
- Para las infracciones muy graves, la multa de 300.001 a 600.000 euros.

9.- DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN.-

Hay que destacar, en primer lugar, la escasa regulación legal de la materia, en concreto los artículos 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (redacción según ley 38/2002), 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Sobre el contenido de tales preceptos, resalta la Circular 1/1989, de la FGE, sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de Diciembre, y la Instrucción 3/1993, de 16 de Marzo, sobre “El Ministerio Fiscal y la defensa de los derechos ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas. Su deber de velar por el secreto del sumario. La denuncia anónima: su virtualidad como “notitia criminis”.

En cualquier caso, no se trata de abordar el estudio de las diligencias de investigación, sino relacionar las diligencias con la Siniestralidad Laboral, distinguiendo los distintos supuestos que pueden plantearse y tratando de ofrecer un planteamiento general ante los mismos. Vamos a distinguir:

REGLA GENERAL. Ante cualquier comunicación o denuncia recibida por la Fiscalía en materia de Siniestralidad Laboral, los Fiscales incoarán diligencias de investigación (art. 5 EOMF y 773.2 de LECRIM) y no diligencias informativas. Hay que tener en cuenta el interés estadístico y desde el punto de vista de la productividad de esta medida.

A) Comunicaciones de la Inspección de Trabajo o de los Servicios Autonómicos de prevención de riesgos relativos a muertos o lesionados en accidente laboral.-

En aquellos supuestos en que se reciban comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o de los Servicios Autonómicos de Prevención, o bien denuncias de particulares o sindicatos, por hechos que incluyan infracciones de resultado lesivo (homicidio o lesiones por imprudencia), resultaría procedente:

- a) Incoar diligencias de investigación en cualquier caso.
- b) Averiguar si existe procedimiento abierto sobre el asunto (lo habrá siempre que se haya producido una muerte como consecuencia del accidente).
- c) Si existe procedimiento, archivar las diligencias, acordando remitir escrito (o denuncia) al Juzgado, especificando todas aquellas diligencias instructorias que se consideren precisas para la investigación del asunto, tratando así de agilizar la tramitación del procedimiento. Se acompañarán los datos que obren en nuestras diligencias (informe de la inspección, de los servicios autonómicos, denuncias, etc.).

B) Comunicaciones de la Inspección de Trabajo o de los Servicios Autonómicos de prevención de riesgos relativos a delitos de riesgos:

Existen dos posibilidades:

B.1) Comunicación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o de los Servicios Autonómicos de Prevención sobre delito de riesgo, en supuestos sencilla investigación, carentes de complejidad y en los que prácticamente se contenga en el acta o informe de las instituciones señaladas la totalidad de los datos precisos para elaborar la correspondiente denuncia, debería procederse a:

- a) Incoar diligencias de investigación.
- b) Formular la correspondiente denuncia, interesando del Juzgado la práctica de las diligencias necesarias para complementar la investigación y agilizar la tramitación del procedimiento, remitiendo cuantos documentos obren en las diligencias sobre el asunto. Se trataría de no duplicar diligencias de investigación.

B.2) Comunicación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o de los Servicios Autonómicos de Prevención sobre enfermedades profesionales o delitos de riesgo, que exigen, dada su complejidad, una investigación especializada por parte del Fiscal:

- a) Incoar diligencias de investigación.
- b) Acordando la práctica de cuantas diligencias se consideren necesarias para el esclarecimiento del hecho (informe del médico forense, ampliatorio, en su caso, del de la Inspección o los Servicios Autonómicos, documentación requerida a las empresas objeto de la investigación, declaraciones de testigos, peritos que sean imprescindibles, etc.).
- c) Oír a los posibles implicados como imputados y dar vista a los mismos de las actuaciones.
- d) Acordar el archivo o la presentación de denuncia o querrela, según proceda, interesando, en su caso, del juzgado, la práctica de cuantas diligencias sean imprescindibles durante la instrucción, siempre con la finalidad de evitar dilaciones.

C) El último párrafo del art. 5 del Estatuto Orgánico establece que “también podrá el fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye”. Estas diligencias podían denominarse informativas a diferencia

de las diligencias de investigación. En relación con nuestra materia hay funciones legales o derivadas de nuestras conclusiones que podrían dar lugar a incoar este tipo de diligencias. Así por ejemplo, las comunicaciones con el Fiscal de Sala podrían hacerse a través de este tipo de diligencias, así mismo podrían documentarse en este tipo de diligencias las comunicaciones entre los Fiscales Delegados y los Fiscales integrantes de la Sección pertenecientes a las Fiscalías de Área o a las Secciones Territoriales de las Fiscalías Provinciales, y, entre otras, las comunicaciones que se hagan a la Autoridad Laboral de la finalización de los procedimientos bien por auto de sobreseimiento, bien por Sentencia, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley.

10.- DILACIONES PROCESALES.-

En este punto se aborda la necesidad de que tratar de agilizar la tramitación de los procedimientos, cuya lentitud queda reflejada en el siguiente cuadro:

III) CUESTIONES PROCESALES: 2.- GRAVE DILACIÓN EN LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS:

A) Sentencias Juzgados de lo penal:

- 2007: 195 (57,86% del total): 52,35 meses (+ de 4 años).
- 2008: 262 (64,68% del total) : 53, 29 meses.
- 2009: 312 (65% del total): 53 meses.

B) Sentencias de Audiencias: 100 (sobre 144): 73,2 meses (más de seis años)

C) Calificaciones provisionales 2009:

- Madrid (80): 2000 (3), 2001 (3), 2002 (2), 2003 (10), 2004 (5), 2005 (11), 2006 (18), 2007 (18), 2008 (9), 2009 (1).
- Barcelona (83): 1998 (1), 1999 (1); 2000 (2); 2001 (1), 2002 (7), 2003 (4), 2004 (13), 2005 (16), 2006 (17), 2007 (19), 2008 (2).
- Málaga (32): 2001 (1), 2002 (2), 2003 (1), 2004 (5), 2005 (4), 2006 (3), 2007 (8), 2008 (7), 2009 (1).

11.- ACCIONES POPULARES.-

Se suscita el tema de la posición que han de mantener los Fiscales en torno la posibilidad de que la acusación popular en estos procedimientos, generalmente encarnada por los Sindicatos, pueda abrir el juicio oral, cuando el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular han instado el sobreseimiento. La ficha que se reproduce a continuación es expresiva de esta posición.

III. CUESTIONES PROCESALES. 3.- EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR.

ACCIÓN POPULAR:

- Criterio práctico asentado: Los sindicatos deben ser considerados como acusación popular.
- ¿Puede abrirse el juicio oral **SOLO** a instancia de la acusación popular?
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo:
 - a) Infracciones en las que cabe el ejercicio de la acción a instancia de víctima o perjudicado como acusación particular: Caso botín: NO.
 - b) Infracciones en las que no existe interés particular, sino general, sin que quepa el ejercicio de la acusación particular: Caso Atuxta y caso Ibarrexe: SI.

Posición de la F.G.E.: NO, en cualquier caso (y hasta el momento).

Doctrina jurisprudencial y Fiscalía General:

- a) Si se sigue el proceso por delitos de resultado lesivo: no, hay perjudicados.
- b) Excepcionalmente, si el proceso se sigue por 316 ó 317. ¿cabría?. No, en principio.

42

12.- ESCRITOS DE ACUSACIÓN.-

La práctica totalidad de lo tratado en la reunión ha sido RECORDATORIO de las Conclusiones de reuniones anteriores.

Como única novedad se trató la SUGERENCIA para que en los casos de sobreseimiento parcial (de uno o más acusados) la solicitud del Ministerio Fiscal quedase muy clara en el ENCABEZAMIENTO del escrito.

En definitiva, se sugiere la fórmula de hacer constar en el encabezamiento del escrito (incluso antes de la solicitud de apertura del juicio oral para los sí acusados) la petición de sobreseimiento con especificación de los imputados para quienes se solicita, dejando la motivación (que debe ser suficiente fundada, como es preceptivo) para un Otrosí, salvo casos excepcionales en que por su evidencia (casi obviedad) pudiera ser muy concisa, en los que también podría figurar en el encabezamiento.

Recordatorios:

En Conclusión 1ª

Individualización de la imputación de cada acusado: Función (cargo, puesto...), competencia (en relación con las medidas de seguridad), obligaciones, conducta punible (normalmente omisiva), etc-, evitando meras referencias al cargo o puesto de trabajo y a formas impersonales.

Mejor que la referencia al representante legal (generalmente mencionado en art. 31.1.CP) se haga al “administrador responsable de los hechos” (318 CP, específico para 316 y 317) de la persona jurídica.

Mención expresa a los otros trabajadores (“nominatim” si es posible) que estuvieron expuestos al mismo riesgo, en caso de concurso ideal.

Conclusión 2ª

Incluir aquí la normativa extrapenal preventivo-laboral infringida, en relación-normalmente- con el delito de riesgo y preferiblemente a su cita en la Conclusión 1ª.

Explicitar y dejar claros los concursos (ideal o de normas) que se aprecien.

Conclusión 5ª

Recordar los cuadros de determinación de las penas de Salamanca y la petición como accesoria de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio.

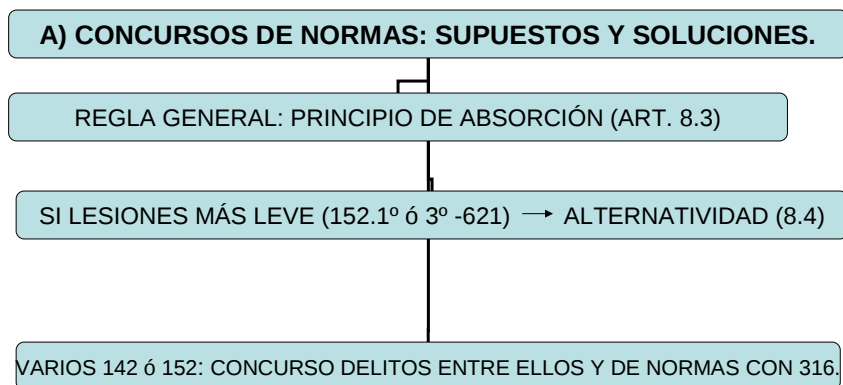
13.- CONCURSOS.-

Se reitera en este punto lo acordado fundamentalmente en la reunión de Málaga, de lo cual es expresivo, lo que recogen las siguientes filminas:

III.- CUESTIONES PROCESALES: 4.- Escrito de acusación.

Problemas / Soluciones:

Problemas concurso de normas y de delitos:

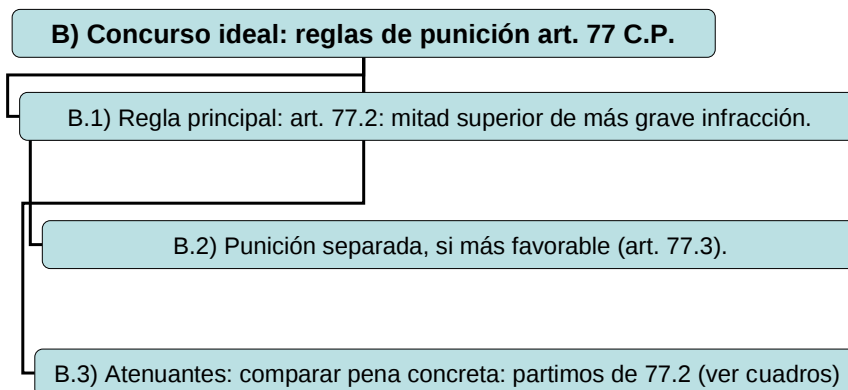


1

II.- CUESTIONES PROCESALES: 4.- Escrito de acusación.

Problemas / Soluciones:

Problemas concurso de normas y de delitos:



47

CONCURSO IDEAL ENTRE DELITO DE HOMICIDIO –ART. 142 CP- Y DELITO DE RIESGO DEL ART. 316 CP SIN CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS:

DELITOS	Pena tipo prisión	Regla principal: pena única. Mitad superior infracción más grave: 77.2 CP	Regla subsidiaria. Más favorable Suma ambas penas Art. 77.3 CP (marco penal)	Límite mínimo/ máximo:
Art. 142	1 a 4 años	2 años y 6 meses a 4 años	1 a 2 años	
Art. 316	6 meses a 3 años		6 meses a 1 año 6 meses	
				1 año 6 meses/ 2 años 6 meses

48

14.- LESIONES IMPRUDENTES.-

Cuando ocurre un accidente laboral, en la mayoría de los casos (salvo en el supuesto de que las lesiones sean constitutivas de falta y no exista previa denuncia del perjudicado-artículo 621.6º CP) los fiscales nos encontramos ante la existencia de dos delitos-los cuales se encontrarán, en su caso, en régimen de concurso de normas o de concurso de delitos. El delito de riesgo (artículo 316 CP) y el delito de resultado (artículo 142 CP, artículo 152 CP). A primera vista, no hay duda, de que el delito de riesgo, al tratarse de un delito especial y de una norma penal en blanco, presenta muchas más dificultades en cuanto a su calificación jurídica así como respecto a la imputación, que el delito de resultado imprudente, que se presenta con mayor asiduidad en el despacho ordinario de asuntos. Ello nos lleva a dedicar la mayor parte de nuestra atención y de nuestros esfuerzos a la investigación y calificación del mismo, dejando el delito de resultado en un segundo plano, que sólo nos planteará problemas a la hora de exigir la responsabilidad civil, materia, a la que haya o no acusación particular, debemos dedicar idéntica atención que a la respuesta penal. La calificación jurídica del homicidio imprudente, salvo en el caso de posibles errores médicos u otras concausas, no presenta mayores problemas; pero en el caso de que el resultado sea constitutivo de lesiones imprudentes, el artículo 152.1 del CP contempla la posibilidad de que se trate de lesiones de los artículos 147, 149 o 150, con la diferente penalidad contemplada para cada una de ellas. Aquí sí que se presentan dificultades en cuanto a su calificación, observándose disfunciones, tanto en la calificaciones realizadas por los Fiscales, como en las sentencias dictadas por los órganos judiciales.

A título meramente de ejemplo, haremos referencia a los siguientes pronunciamientos judiciales y calificaciones:

- SAP Murcia (sección 3ª), nº 169/2009, de 9 de septiembre de 2009, que condena por lesiones tipificadas en el artículo 152.1.1º CP, las siguientes, “Fracturas conminutas intra-articulares de ambos calcáneos y fractura de tercio medio de escafoides de muñeca izquierda. Secuelas: artrodesis subastragalina en tobillo izquierdo, limitación grave en los movimientos de tobillo derecho, talagia derecha y material de osteosíntesis en tobillo izquierdo. No puede andar por terrenos montañosos o con desniveles, ya que incluso le es difícil caminar por terrenos lisos, ni puede realizar grandes esfuerzos, de forma que está incapacitado de forma permanente y total para desempeñar su trabajo habitual como peón minero. De igual modo, para poder utilizar adecuadamente un vehículo a motor debería adquirirlo con adaptaciones propias para su minusvalía física
- Limitación de la movilidad de la columna lumbar (8p), la repercusión funcional de las secuelas supone al lesionado una limitación para la realización de todas aquellas tareas que requieran movilidad y fuerza completa de su columna lumbar-incapacidad permanente parcial para su trabajo como soldador (artículo 152.1.1)
- Como consecuencia de la caída sufrió traumatismo craneoencefálico, torácico y abdominal, con fractura orbital craneal izquierda, herida contusa en la frente, hematoma subdural en tenorio, focos contusos frontonales izquierdos y frontoparietales izquierdos, neumotórax izquierdo y focos contusos pulmonares, derrame pleural, rotura de bazo. Primera asistencia, tratamiento médico y quirúrgico consistente en drenajes torácicos, sutura de heridas, reposo absoluto, rehabilitación y fisioterapia, 190 días de curación, 24 de hospitalización y 166 días de impedimento, (artículo 152.1.1 CP).

- Precisaron 6 días de hospitalización, con tratamiento quirúrgico de reimplantación de falange, que no tuvo éxito, por lo que se realizó un alargamiento del metacarpiano con material de osteosíntesis con posterior tratamiento rehabilitador, que duro un año, impeditivo para su profesión. Como secuelas ha sufrido perdida funcional del movimiento de los dedos 4º y 5º y de las funciones de garra y prensa, (art 152.1.1 CP).
- Como consecuencia de los hechos ,sufrió fractura abierta de tibia y peroné con afectación vasculo nerviosa que deriva en amputación a nivel de 1/3 medios de la pierna izquierda, lesiones que precisaron además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico quirúrgico consistente en fijador externo de la tibia, amputación a nivel 1/3 medio de la pierna izquierda, analgesia, rehabilitación, curas tópicas y con láser de las cicatrices del muñón, quedándole como secuelas la amputación unilateral de la pierna izquierda con perjuicio estético importante, tardando en curar 211 días de los cuales 156 estuvo hospitalizado el trabajador y 55 incapacitado para el ejercicio de sus actividades profesionales. (art. 152,1.3º).
- Herida inciso contusa frontal derecha, fractura conminuta frontal derecha y hundimiento, con contusión cerebral y hemorragia subaracnoidea en la zona, requiriendo para su sanidad intervención quirúrgica consistente en craneotomía y posterior craneoplastia, tardando en sanar 636 días de los cuales 16 estuvo hospitalizado, restándole como secuelas, perdida de sustancia ósea que requiere cráneo plastia, habiéndose declarado por resolución del INSS la incapacidad permanente para la profesión habitual de 5 de febrero de 2009. (art. 152.1.1º).

- Sufrió lesiones que exigieron para su sanidad reducción de fractura y colocación de material de osteosíntesis, tardando en sanar 240 días, estando 24 hospitalizado y el resto impedido. Le restaron como secuelas, material de osteosíntesis en columna vertebral, fractura-acuñamiento anterior de vértebra D-12 con disminución de un 25% de la altura de la vértebra, cicatriz de 15 cm en la columna vertebral y de 2 cm en hemitórax derecho. Por parte del Instituto de la Seguridad Social y a causa de las lesiones sufridas le ha sido declarada la incapacidad total para su profesión habitual por resolución de 8 de mayo de 2007 (art. 152.1.1º)

La jurisprudencia de nuestro tribunales presenta numerosa jurisprudencia respecto a los conceptos que se manejan a la hora de calificar las lesiones (tratamiento médico, tratamiento quirúrgico, órgano o miembro principal y no principal, grave deformidad o simple deformidad...etc); sin embargo, el concepto recogido en el artículo 152.1.2º en relación con el artículo 149 CP, de “grave enfermedad somática o psíquica”, en relación con las secuelas que se derivan de un accidente de trabajo, presenta escasos pronunciamientos. Por ello se considera de interés dar unas nociones sobre el mismo, para poder encuadrar las lesiones sufridas por un trabajador en dicho precepto, cuando así corresponda.

Artículo 152.1.1º del Código Penal.

El artículo 152 del Código Penal, al igual que lo hace con anterioridad su artículo 142, para el homicidio, tipifica aquellas lesiones que causadas por imprudencia grave tienen trascendencia penal. El denominador común de todas las conductas descritas en dicho precepto radica en que el resultado lesivo haya sido causado por imprudencia grave. Criterio, el de la gravedad de las lesiones, al que nos hemos referido en el apartado anterior. El precepto se remite expresamente a los artículos que describen las lesiones causadas dolosamente, por ello nos encontramos ante un tipo básico de

lesiones imprudentes, un tipo agravado, y un tipo super-agravado. Por ello, es obligatoria la referencia, aun somera, a dichos preceptos.

El artículo 152.1.1º del Código Penal se remite a las lesiones tipificadas en el artículo 147.1 del Código Penal que hayan sido causadas por imprudencia grave. Por el contrario aquellas lesiones recogidas en el nº 2 del artículo 147 causadas por imprudencia grave tienen su encaje en el artículo 621.1 del Código Penal. Son sin género de dudas las lesiones tipificadas en éste nº1 las que numéricamente ocupan el primer escalón a la hora de calificar lesiones derivadas de accidentes labores, como a la hora de dictar sentencias. Los informes medico forenses incorporados a los procedimientos, vienen, con independencia en muchas ocasiones de la duración de las situaciones de incapacidad, y a la vista de las secuelas que han producido, a mostrarnos que nos encontramos ante el tipo básico de las lesiones imprudentes. La labor de calificación y encuadre de éste tipo de lesiones vendrá determinado por la tarea de exclusión que se efectúe; esto es, si del informe médico-forense obrante en la causa no se deriva la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal o no principal de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave o mera deformidad, una grave enfermedad somática o psíquica, en ese caso, acudiremos al tipo contemplado en el artículo 152,1,1º del Código Penal, siempre y cuando las lesiones hayan requerido para su sanidad además de una primera asistencia tratamiento médico o quirúrgico; y por ende no se deba acudir al párrafo segundo del artículo 147 en vista de la escasa gravedad de las lesiones o de los medios empleados para su producción. La práctica nos muestra la casi nula apreciación de éste párrafo segundo del artículo 147 en materia de siniestralidad laboral.

2.5.3. Artículo 152.1.2º del Código Penal.

El artículo 152.1.2º del Código Penal se remite a las lesiones recogidas en el artículo 149, siendo las que producen en el sujeto “la perdida o inutilidad

de un órgano o miembro principal, de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad o una grave enfermedad somática o psíquica”.

En primer lugar señalar que para los conceptos de “perdida” o “inutilidad”, el Tribunal Supremo en diversas sentencias ha tratado de analizar ambos conceptos, así la STS nº 1096/2004, de 5 de octubre (recurso 62/2003 Ponente Julián Sánchez Melgar EDJ 2004/147787) señala que por “inutilidad” ha de entenderse la imposibilidad o grave dificultad de valerse del órgano o miembro, por lo que quedaría equiparada la pérdida material del órgano o miembro a la pérdida de funcionalidad del mismo. Añade la citada sentencia que la pérdida de un órgano o miembro principal no se produce sólo cuando éste falta anatómicamente, sino que es equiparable aquella situación en que desaparece su aptitud fisiológica o funcional. Se equipara en estos supuestos a la pérdida de un órgano o miembro aquellos casos en que las secuelas suponen una notable disminución de su función. Así, la STS de 3 de febrero de 2009 (EDJ 2009/19059; Tribunal Supremo Sala 2ª, S 3-2-2009, nº 119/2009, rec. 441/2008. Pte: Giménez García, Joaquín) insiste en que debe equipararse la pérdida de un miembro principal a su pérdida de funcionalidad; y respecto a la pérdida de funcionalidad de un ojo (y con cita de otras sentencias) entiende que la pérdida de visión entre un 80% y un 90% suponen la inutilidad del mismo. Sin embargo, la STS de 8 de marzo de 2002 (nº 402/2002, rec. 3484/2000 Pte: Moner Muñoz Eduardo EDJ 2002/9761) entiende que para que la pérdida de la capacidad visual sea equiparable a la pérdida o inutilización del mismo, habrá de ser de al menos el 50%. Respecto al grado de inutilidad que deba de producirse, hay que entender que la misma debe de ser de tal importancia que prive al mismo de realizar la función para la que está concebido. En definitiva, con independencia de la casuística a la que podamos referirnos, lo cierto es que la pérdida de eficacia funcional no

debe de entender en términos absolutos, sino que debe de venir referido a un menoscabo importante.

A raíz de lo hasta ahora expuesto, surge una cuestión de suma importancia y no es otra que plantearnos que ocurriría en el caso de que mediante cirugía reparadora pudieran paliarse los efectos de la inutilidad del órgano o miembro. La STS de 11 de noviembre de 2004 (nº 1330/2004, rec. 2654/2003. Pte: Monterde Ferrer, Francisco EDJ 2004/183488) afirma, “En el supuesto de que fuera susceptible de corrección quirúrgica habrá de valorarse la entidad de la intervención, la voluntariedad en su realización y la existencia de riesgos no exigibles al perjudicado.”

Respecto a que hayamos de entender por “órgano o miembro principal”, existe una consolidada doctrina jurisprudencial que lo contempla, señalando que se consideran como miembros principales aquellos que tienen una autonomía funcional, y no principales son los que carecen de tal autonomía, sirviendo sólo para facilitar el funcionamiento de los principales. Lo que en definitiva va a determinar que un órgano o miembro tenga o no la consideración de principal, dependerá de si el mismo tiene una función relevante, aun no esencial para la vida del sujeto.

En cuanto a la “grave deformidad”, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a la misma de forma reiterada. Entiende el Alto Tribunal que por deformidad hay que entender toda irregularidad física, visible y permanente, como exponente de alteración corporal externa que suponga desfiguración o fealdad a simple vista. La deformidad desde la óptica jurídica es un concepto que admite graduaciones, que sin duda corresponde efectuar a los tribunales. Por ello, y una vez analizada la jurisprudencia de nuestros tribunales no es difícil llegar a la conclusión de que el concepto de deformidad admite una triple valoración:

- Deformidad grave.
- Simple deformidad.
- Irregularidades físicas de poca significación antiestética

La primera gradación tendrá su tipificación en el artículo 149 del Código Penal; la segunda en el artículo 150; y la tercera en el artículo 147.1 del Código Penal (siempre que para su sanidad haya requerido además de una primera asistencia, tratamiento médico o quirúrgico).

La diferencia entre la deformidad grave (artículo 149 del Código Penal) y la simple deformidad (artículo 150 del Código Penal), la encontramos según la STS de 6 de Mayo de 2003 (sentencia nº 634/2003, nº de recurso 3812/2001 Ponente: José Antonio Martín Pallín) que señala “La diferencia entre la simple deformidad, caracterizada generalmente por una alteración estética que no afecta de forma intensa a la actividad funcional de los órganos o parte del cuerpo afectadas, limitándose a una modificación de la configuración natural del cuerpo producida por una agresión, y la que pudiera ser considerada como deformidad grave, a los efectos de la agravación punitiva prevista en el artículo 149 del Código Penal, se centra en que, la primera no tiene repercusiones funcionales severas que modifiquen y hagan gravosa el desempeño de funciones esenciales para el desenvolvimiento del ser humano”. Estamos en presencia de un criterio valorativo, en el que se van a tener en cuenta diversos factores, tales como: la parte del cuerpo que ha resultado afectada (sin que sea determinante que recaiga en un miembro principal o no); las pautas sociales; si son o no visibles (aunque ya no se considera un factor determinante, si tiene una función valorativa relevante); no resulta determinante que sea o no reparable mediante la cirugía; tampoco las características personales de la víctima (que si tendrá una importancia relevante a efectos indemnizatorios). Se trata en definitiva de huir de valoraciones personales de la víctima, y atenerse a criterios objetivos.

En cuanto a lo que debamos entender por “grave enfermedad somática o psíquica”, el Diccionario Terminológico de las Ciencias Médicas define enfermedad como la alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo; definiendo como somático lo relativo al cuerpo, esto es corporal, especialmente en oposición a psíquico y funcional. Por tanto, por enfermedad somática deberemos de entender, en contraposición a la enfermedad psíquica, como aquélla que afecta al cuerpo. Por su parte, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990 señala “En cuanto a la distinción entre enfermedad somática y psíquica, es cuestión no esencialmente médica (incluso dentro de la Medicina se discute si la enfermedad psíquica tiene o no siempre una base somática), sino a determinar por el intérprete conforme a la normas de la experiencia social y al acervo cultural popular. Ahora bien, dado el carácter de medios abiertos de las lesiones, entrarán en ellas toda alteración del equilibrio psíquico causado por una agresión sea ésta física o sexual (así la depresión o la neurosis provocada por una violación) sea moral (como los trastornos psíquicos causados por malos tratos o violencias morales). Añade la Circular 2/1990, que la enfermedad somática grave debería de ser, en principio, aquélla que crea un cierto riesgo para la vida. Por tanto, en base a dicha afirmación, entiendo que en el concepto de enfermedad somática en el plano jurídico deberían de comprenderse todas aquellas que creen un peligro grave para la vida del sujeto, con independencia o no de sus perspectivas o posibilidades de curación. No hay duda de la importancia que las enfermedades profesionales van a tener en éste apartado.

Suárez González apunta al respecto, que la grave enfermedad somática o psíquica comprende las afecciones físicas o psíquicas que entrañen una alteración permanente e importante del funcionamiento del organismo. Añadiendo que debe de tratarse de una enfermedad valorativamente equiparable al resto de las lesiones del precepto. Por su parte, Tamarit

Sumalla incide en que la gravedad de las mismas se fundamenta en la nota de permanencia e incurabilidad común al resto de las lesiones comprendidas en el tipo, pero dejando una puerta abierta a que en el caso de enfermedades somáticas, se puedan incluir otra que, aun con una probabilidad relevante de curación suponen un peligro para la vida.

Por su parte, Díez Repolles (“Los delitos de lesiones”, www.tirantonline.es), y respecto a la “grave enfermedad somática o psíquica” realiza las siguientes consideraciones. En cuanto al calificativo de grave, señala que nos encontramos ante un concepto de naturaleza normativo o valorativo, que adquirirá nitidez al precisarse las repercusiones que su padecimiento cause a la vida del lesionado. Añade, que una vez precisado el carácter grave de la enfermedad, y al encontrarse recogidas en el artículo 149 CP, deberán de tratarse de lesiones de carácter permanente o definitivo; lo cual supone que se trate de una enfermedad incurable que persista ininterrumpidamente en el tiempo, pero también aquellas que tengan la consideración de crónicas, ya sea por su duración, o por la habitualidad en su duración. A lo dicho añade dos requisitos más; en primer lugar que la enfermedad produzca alteraciones en el organismo, que afecten de manera notable a la calidad de vida de la víctima; y en segundo lugar aquellas que en función de las circunstancias personales del lesionado, originen una limitación significativa de las condiciones de existencia del lesionado.

En cuanto a lo que debamos entender por enfermedad psíquica, es palmario que dicho concepto se contrapone al de enfermedad somática, en tanto en cuanto mientras ésta tiene una marcada connotación corporal, aquella se refiere a la mente del sujeto, y por tanto la que afecta sus facultades psíquicas o mentales.

De todo lo dicho, podemos concluir que para la existencia de una grave enfermedad somática o psíquica deberán de concurrir los siguientes requisitos:

- Gravedad de la enfermedad. En lo relativo a la “gravedad” de las mismas, nos encontramos de nuevo ante un concepto valorativo cuyo eje gravitará en torno a la importancia de la afectación sufrida. No hay duda de la importancia que los informes médico forenses tendrán a la hora de dichas valoraciones, ello con independencia de la valoración que de ellos hagan los órganos jurisdiccionales.
- Afectación permanente de la salud del lesionado. Al respecto aclarar que en los informes de los médicos forenses, desde que a su juicio, las lesiones padecidas no van a sufrir ninguna evolución positiva en su sanación, se procede por los mismos a valorarlas como secuelas. Por ello las secuelas nos servirán de espejo para
- Limitación importante en la calidad de vida del lesionado. Ello va a suponer valorar los conceptos de incapacidad.

En cuanto a la existencia de un peligro grave para la vida del sujeto, el mismo pudiera producirse en el momento inicial del accidente, peligro que no tendría por qué mantenerse en el tiempo una vez superada esa primera etapa.

Los siguientes pronunciamientos judiciales han apreciado la existencia de una grave enfermedad somática:

- SAP Cáceres (1ª) 12/2000, 6 de junio: “Agresión con navaja que provoca resección de 25 cm en intestino y posteriormente abocamiento de ambos extremos de ileón a piel, con lo que desaparece la función normal del tracto intestinal, con práctica de dos orificios en el intestino de los que salen unos tubos de los que cuelgan bolsas para depósito de heces”

- SAP Barcelona (6ª) 5/10/2000 “quedar en coma vigil tras recibir un fuerte golpe en la cabeza, causándole traumatismo craneoencefálico, fractura tempoparietal derecha, isquemia cerebral secundaria, quedando prácticamente privado no sólo de uno sino de todos sus miembros principales
- SAP Murcia (1ª) nº 122/1998, 29-10 “Golpe en la cabeza que produce lesión neurológica irreversible, incontinencia urinaria, síndrome neurológico deficitario global que le imposibilita la deambulaci3n, precisando de uso de silla de ruedas, cuidados de otra persona, emitiendo lenguaje escaso, hipof3nico y con una limitaci3n en la mirada vertical hacia arriba”-grave enfermedad somática y psíquica

Artículo 152.1.3º del Código Penal.

El artículo 152.1.3º sanciona las lesiones dolosas contempladas en el artículo 150 del Código Penal, el cual se refiere a “la pérdida o inutilidad de un 3rgano o miembro no principal o la deformidad”. Debemos remitirnos en cuanto a los conceptos de “pérdida o inutilidad”, “3rgano o miembro no principal” y “deformidad” a lo señalado en el apartado anterior.

¿D3nde puede ser encuadrada la incapacidad para el trabajo habitual o para todo tipo de trabajo?

Va ser habitual que a la hora de proceder a la calificaci3n jurádica de los hechos o al dictar sentencia, nos encontremos con complejos informes médicos o en su caso con resoluciones de los 3rganos competentes de la Seguridad Social que determinan la incapacidad del lesionado para la prÁctica de su trabajo habitual o para la realizaci3n de todo trabajo. La pregunta que surge, y que es la que encabeza el presente epígrafe es l3gica ¿En qué tipo legal van a poder ser encuadradas dichas lesiones? ¿Estaremos

ante unas lesiones del artículo 152.1.2º-artículo 149 CP; bien ante unas lesiones tipificadas en el artículo 152.1.3º-artículo 150 CP; o bien ante un supuesto contemplado en el artículo 152.1.1º-artículo 147.1 CP?

Normalmente, la incapacidad declarada para el ejercicio de su profesión, o bien de cualquier otra profesión, se deberá a deficiencias (lesiones) de carácter físico (somáticas) o psíquico, de carácter permanente que inciden en el desarrollo de la vida del sujeto. Ello nos lleva a inclinarnos porque en muchos de los casos en que se produzcan estas incapacidades permanentes y funcionales estaremos en presencia de graves enfermedades somáticas o psíquicas, y por tanto con encaje en el artículo 152.1.2º del Código Penal. La nota de la gravedad será determinante, porque así es requerido por el tipo legal (artículo 149 CP), a lo que habrá de añadirse el grave peligro que la misma ha producido para el lesionado.

VALORACIÓN DE LAS INCAPACIDADES: ¿QUÉ HAY QUE ENTENDER POR INCAPACIDAD PERMANENTE?

El concepto de lo que debemos entender por incapacidad, hunde sus raíces en las normas de seguridad social, y por ello con un contenido eminentemente económico. Por ello, debemos mirar hacia la normativa de la seguridad social para buscar un punto de partida que nos permita dar respuesta a la cuestión planteada.

El artículo 128 de la LGSS señala que tendrán la consideración de situaciones determinantes de la incapacidad temporal “Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se

presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación”.

Por su parte, el artículo 137 de la LGSS establece un concepto de qué deba entenderse por incapacidad permanente “La situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo”. El mismo precepto recoge cuáles son los grados de incapacidad, señalando que la invalidez permanente, cualquiera que sea su causa determinante, responderá a la siguiente clasificación:

- Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual
- Incapacidad permanente total para la profesión habitual
- Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo
- Gran invalidez

Por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual hay que entender aquella que inhabilite al trabajador para la realización de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

Por incapacidad permanente total para la profesión habitual, se entiende aquella que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

Por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo entendemos aquella que inhabilite al trabajador para toda profesión u oficio.

Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o

funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

Por tanto, desde el punto de vista de la Seguridad Social, la diferencia entre la incapacidad temporal y la incapacidad permanente radica obviamente en “un factor temporal”, teniendo la consideración de incapacidad temporal aquella cuya máximo de duración se prevea no superará los 545 días, siendo permanentes las que sobrepasen dicha duración.

La Tabla IV relativa a las cuantías indemnizatorias por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal derivado de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, recoge bajo el epígrafe de “Lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima”, una clasificación ciertamente similar en cuando a su nomenclatura respecto a la recogida en la Ley General de Seguridad Social. Así encontramos:

- Incapacidad permanente parcial, bajo cuyo paraguas se encuadran aquellas con secuelas permanentes que limiten parcialmente la ocupación o actividad habitual, sin impedir la realización de las tareas fundamentales de la misma.
- Incapacidad permanente total, recogiendo aquellas lesiones permanentes que impidan totalmente la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual del incapacitado.
- Incapacidad permanente absoluta, que contiene aquellas lesiones permanentes con secuelas que inhabiliten al incapacitado para la realización de cualquier ocupación o actividad.
- Grandes inválidos, en cuyo concepto se arropan a aquellas personas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogas.

Si observamos ambas clasificaciones, así como el contenido de cada definición, rápidamente percibimos que mientras la normativa de la Seguridad Social hace gravitar los conceptos de incapacidad sobre la aptitud del afectado para trabajar, el Baremo, sobre las mismas lesiones de carácter permanente, amplía la afectación de las lesiones no sólo a la realización del trabajo, sino a la realización de las tareas habituales de la vida (al margen de las pérdidas de carácter económico por las pérdidas de ingresos). Por tanto, el factor de corrección que abarca el término de “incapacidad” en el Baremo de Tráfico contempla un mayor espectro de afecciones a causa de las lesiones. Entiendo pues que debemos de diferenciar a los efectos de las indemnizaciones a solicitar en el curso de un accidente de trabajo dos conceptos diferentes del término “incapacidad”. Por una parte una “incapacidad laboral” ligada a la potencialidad del sujeto para el trabajo (ya sea su ocupación habitual o no) y una “incapacidad civil” unida a la potencialidad de la víctima para la realización de todas aquellas actividades que requiere la actividad habitual de cualquier persona.

Por tanto, lo qué debemos de entender genéricamente por “incapacidad permanente” en el marco de la siniestralidad laboral va a diferir del concepto utilizado por la Seguridad Social. Ello supone que las resoluciones dictadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social respecto a las incapacidades en modo alguno vinculan a la jurisdicción penal en cuando a la indemnización de las mismas, aun cuando es indudable el carácter orientativo de las mismas. En tal sentido la SAP de Madrid (sección 17) nº 308/2009 de 27 de octubre (Pte. Ventura Faci Ramiro) EDJ 2009/312081 afirma “...no pudiendo traspasar conceptos de la legislación de la Seguridad Social a conceptos médicos e indemnizatorios con una especial y propia regulación, el Código Penal , la

Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor con el Anexo que lo integra”.

Esta diferencia de conceptos supone que a la hora de proceder a valorar los conceptos de sanidad no se correspondan las altas médicas que se producen en el ámbito de la Seguridad Social, esto es, cuando un trabajador vuelve a ser apto para la prestación del trabajo, con las que se recogen en los informes de los médicos forenses . Ello es debido a que la sanidad que se baraja en la práctica forense, y por ende en la aplicación de los criterios establecidos en el baremo, se consigue cuando desde el punto de vista médico se entiende que ya no se conseguirá un mayor grado de curación; el médico forense entiende que desde el punto de vista de la praxis médica el paciente está curado de sus lesiones. Por ello, la jurisprudencia de las Audiencia Provinciales viene considerando que una vez que el lesionado tiene el alta del médico forense, el tiempo que le quede de incapacidad (o si esta deviene permanente) deberá de indemnizarse dentro del concepto de “secuelas”.

15.- DISTINCIÓN ENTRE INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA E INFRACCIÓN.-

Este punto, suscitado por algunos Fiscales, ha dado pie a las siguientes reflexiones:

CRITERIOS DE DELIMITACIÓN ENTRE INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA E INFRACCIÓN PENAL.

A) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.-

1º.- Problema: no existe delimitación legal.

2º.- Genuino campo de confrontación (solapamiento): LISOS – 316 y 317.

3º.- Dificultad añadida: La variedad de supuestos hace sumamente difícil establecer criterios que individualmente considerados permitan la distinción automática.

4º.- La infracción administrativa no presupone la existencia de la infracción penal.

5º.- La infracción penal sí exige la concurrencia de infracción administrativa.

6º.- Distinción entre delitos de riesgo del art. 316 CP (en los que evidentemente se plantea más crudamente la posibilidad de solapamiento) e infracciones penales de resultado lesivo, pues siendo la imprudencia una infracción común, si bien el deber de cuidado vendrá referido normalmente al cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, es posible, aunque difícil, que haya infracción de otras normas de conductas causales en relación con el resultado lesivo, y, lo que es más importante, la

infracción del deber de cuidado puede provenir de quien está obligado a facilitar los medios o medidas de seguridad a los trabajadores o bien de cualquier persona, aún no obligada a facilitar dichos medios.

A partir de este planteamiento, trataremos de exponer unos criterios orientativos, no definitivos, que nos permitan aproximarnos a la delimitación que pretendemos.

B) CRITERIOS ORIENTATIVOS QUE PUEDEN FACILITAR LA DISTINCIÓN ENTRE AMBAS.-

1.-) Por el elemento subjetivo.

Distinguiremos el elemento subjetivo en el delito de riesgo, en el delito de resultado lesivo y en la infracción administrativa.

a) En delito de riesgo.

En el delito de riesgo existe necesidad, por imperativo legal, de que concurra dolo (art. 316 C.P.) o imprudencia grave (art. 317 C.P.); No así en la infracción administrativa.

Por lo tanto, si la situación de riesgo trae causa de una conducta no dolosa, ni de imprudencia que pueda calificarse de grave, estaremos ante una infracción administrativa.

A estos efectos debemos recordar la conclusión de Toledo, cuyo contenido es el siguiente: “Con carácter general se entiende que en el tipo doloso prevalece el elemento intelectual o cognoscitivo del dolo que supone conocimiento: a) de la infracción de las normas preventivo- laborales, b) de la no facilitación de los medios de protección necesarios para los trabajadores y de la obligación de hacerlo y c) de que con dicho incumplimiento se está poniendo en peligro la vida o salud de los trabajadores (resultado de riesgo concreto). Es irrelevante el móvil que guía al sujeto al incumplir la normativa de seguridad (económico, rapidez, etc). El elemento volitivo, más atenuado, determina que normalmente concurrirá el dolo eventual: el sujeto, con ese conocimiento se representa el resultado de riesgo concreto como posible (si se prefiere, como probable o altamente probable) y lo acepta, consiente o se conforma con él. Aceptación o conformidad que sólo quedará excluida cuando la confianza en que el resultado del riesgo concreto (previsible) no se produzca, esté objetivamente fundada.”.

Una consecuencia importante es que la formación del conocimiento (de ese elemento cognitivo) en materia de prevención de riesgos está específicamente estructurada en la L.P.R.L. y en la normativa complementaria (evaluación de riesgos, planificación de la actividad preventiva, etc.). Además, los legalmente obligados están sometidos a una específica obligación de asesoramiento. Por ello, se da un escaso margen de aplicación de la ignorancia y del error. El desconocimiento excluyente del reproche penal, normalmente sólo podrá recaer sobre la situación fáctica (elementos de hecho), que sí puede ser desconocida por el legalmente obligado debido a circunstancias nuevas no previstas, o a cambios de actividad ignorados por el mismo.

El posible campo de aplicación sería el error de tipo, excluyente de la responsabilidad penal, si fuere invencible; y ante la posibilidad de aplicar el art. 317 CP, si fuere vencible.

Tales planteamientos, en principio, son ajenos a la infracción administrativa, más formalista (o con más carga de responsabilidad objetiva). No está sometida al principio de culpabilidad (por el hecho propio) esencial en el derecho penal. Este es un matiz diferencial que en algún caso podrá servir.

b) En el delito de resultado lesivo.

Sólo cabe la imprudencia, pero ésta puede ser tanto grave (arts. 142 y 152) como leve (art. 621), a diferencia del delito de riesgo.

La consecuencia es que si los resultados lesivos son de muerte o de lesiones muy graves o graves, el ámbito de la infracción administrativa no debe superar la imprudencia leve, que, en principio, y por tanto, es el umbral máximo de la infracción administrativa.

Por ello, el punto de conflicto (por así llamarlo) estaría en esta imprudencia leve, cuya valoración podrá determinar que optemos por aplicar la infracción administrativa o la infracción penal. Para ello no puede avanzarse una regla general, sino que habremos de estar al caso concreto.

2º.- Por el sujeto activo.-

El sujeto activo de la infracción administrativa puede no coincidir con el sujeto activo de la infracción penal. Esto nos conecta con el problema – siempre complicado- de los sujetos de imputación (“los legalmente obligados”, en terminología del art. 316 C.P.).

- En la infracción administrativa.

Basta, en principio, con que el sujeto ostente la cualidad formal para ser responsable de la misma. Empresario, si de persona física se trata, y administrador o representante legal, cuando sea una persona jurídica.

- En la infracción penal.

No basta esa cualidad formal para que recaiga sobre el obligado legalmente la imputación penal. Al menos, tal cualidad no es decisiva. Ha tener el dominio del hecho, es decir poder de decisión y de mando, para facilitar los medios cuando se trate del delito del art. 316 C.P., u ostentar el deber objetivo de cuidado, cuando se trate de delitos de resultado lesivo. Cuestión problemática en la práctica que nos conecta con la delegación de funciones.

LA DELEGACIÓN DE FACULTADES Y FUNCIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN.

La delegación de facultades y funciones en materia de prevención, no sólo es una posibilidad del empresario (sea éste persona física o jurídica), sino que, en ocasiones, es una necesidad.

a) Como posibilidad.

Como titular de las facultades de dirección y control de la actividad laboral, el empresario puede delegar las funciones que le competen en materia de seguridad. La cuestión es si la mera delegación produce efecto exonerante de la responsabilidad penal. Pues bien, parece claro, y es unánimemente admitido, que si bien la delegación añade una nueva posición de garantía, no cancela la del delegante, y que exige, para operar como exonerante de la responsabilidad penal los requisitos de: deber de elección, deber de instrumentación y deber de control. De los tres requisitos enunciados, el deber de control es el que más dificultades presenta a la hora de valorar su concurrencia, pues en ningún caso puede significar que el delegante esté permanentemente detrás (en sentido figurado, como vigilante) del delegado, pues es obvio que si ha elegido a una persona con capacidad para controlar la fuente de peligro y le ha dotado del poder suficiente para el ejercicio de esta facultad, resulta razonable que el delegante pueda esperar del delegado una actuación acorde con la confianza y el poder depositado en el delegante. El control sería equiparable a la verificación, no necesaria respecto de cada una de las actividades del delegado, pero exigible con carácter periódico y referido a la calidad en el desarrollo de las funciones de delegación. El control sería lo contrario al desentendimiento de la materia por parte del delegante, quien no puede olvidar que la obligación, aunque delegada la facultad de cumplimiento de la misma, sigue recayendo sobre él.

Por otra parte, habría que tratar de deslindar delegación de funciones y Servicios de Prevención, puesto que éstos (bien se trate de Servicios de Prevención en el ámbito de la empresa –internos- o externos o contratados)

pueden tener o no delegadas las facultades de decisión o vigilancia en cuanto al cumplimiento de las medidas de prevención, sin embargo este tema excede del ámbito de la exposición.

El planteamiento de la delegación, desde el punto de vista y con los requisitos exigidos cuando hablamos de la responsabilidad penal, es ajeno al ámbito de la infracción administrativa, mucho más formalista.

b) Como necesidad.

La delegación como necesidad, se plantea en aquellas actividades que, por su complejidad, exigen especiales conocimientos técnicos de los que carece el legalmente obligado y, fundamentalmente, en las empresas que por su extensión geográfica o multiplicidad de centros de trabajo, hacen imposible que el mismo pueda controlar todas las fuentes de peligro (no puede controlar todo y a todos). En este caso, la posibilidad deviene en necesidad (casi obligación, podíamos decir) pues al sujeto le sería imposible controlar la actividad a la que tiene que prestar seguridad. La consecuencia de todo ello es que la lejanía física de la fuente de peligro, o la carencia de esos conocimientos técnicos, no son suficientes para exonerar de responsabilidad penal al obligado que podrá responder penalmente si no ha articulado y organizado ese –llamésmole- escalón intermedio a través de la delegación, al ser su actitud reveladora de desidia, desinterés y descontrol en cuanto al cumplimiento de la normativa de prevención, así como de los posibles resultados en que pueda traducirse su incumplimiento, de lo que podría derivar su responsabilidad penal.

De ahí la importancia de la valoración de los requisitos o exigencias de la delegación y de su cumplimiento para exonerar de responsabilidad penal al delegante.

En la infracción administrativa, tales exigencias están mucho más atenuadas. Como se ha dicho, es mucho más formal.

3º.- Por imputación objetiva.-

La imputación objetiva está mucho más atenuada en la infracción administrativa que en la infracción penal, de la que constituye un elemento esencial.

La imputación objetiva, afirmada la causalidad natural, exige:

- 1º. Que el sujeto cree o incremente un riesgo jurídicamente desaprobado.
- 2º. Que ese riesgo, y no otro, sea el que se concreta en el resultado material, si se trata del delito de resultado lesivo, o jurídico (riesgo concreto para la vida o salud de los trabajadores) cuando se trate de los delitos de riesgo de los arts. 316 y 317 del C.P.

Esto nos lleva a examinar los casos de INTERRUPCIÓN DEL CURSO CAUSAL, del que son los supuestos más habituales, la conducta de la víctima y los sucesos imprevistos.

a) La Conducta de la víctima.

1. Sólo en los casos en que el resultado sea materialización de la conducta gravemente imprudente del trabajador, de manera que las posibles

conductas imprudentes (normalmente, omisiones) de otras personas sobre las que recae la obligación legal de seguridad, se revelen como absolutamente desconectadas del riesgo o del resultado lesivo en que se concreta aquél, opera la exclusión de la responsabilidad penal respecto de tales obligados. Estaríamos ante supuestos de autopuesta en peligro del trabajador, apta para excluir responsabilidad penal de los “legalmente obligados”.

2. La aceptación por el trabajador de la realización de un trabajo inseguro resulta inoperante “per se” para excluir la imputación objetiva, constatada respecto de los obligados a facilitar los medios.

3. La actuación imprudente del trabajador, conocida y tolerada por el legalmente obligado (fuera de los supuestos del apartado 1) no excluye, aunque podría atenuar o moderar en algunos casos, la responsabilidad penal (determinando la calificación de leve de la imprudencia) y, en cualquier caso, la civil.

b) Sucesos o circunstancias absolutamente nuevos.

Los sucesos o acontecimientos absolutamente nuevos, imprevistos y no previsibles, que no han podido ser objeto de evaluación o valoración, deben ser tenidos en cuenta en orden a determinar la interrupción del nexo causal, por lo tanto impedirán la afirmación de imputación objetiva.

Todas estas matizaciones están mucho más atenuadas (incluso no vigentes), en la infracción administrativa.

4º.- Por la gravedad del riesgo.-

La creación de un riesgo grave para la vida y la salud de los trabajadores como consecuencia de la omisión del cumplimiento de las normas de prevención, es un elemento determinante para que concurra la infracción penal, mientras que no tiene que concurrir necesariamente en la infracción administrativa, en la que es contingente.

Esta exigencia de que se genere un riesgo grave para la vida y salud de los trabajadores: a) es por imperativo legal en el delito de riesgo –art. 316 del C.P.- que lo exige expresamente. b) es por exigencia material en el delito de resultado lesivo, ya que sólo los resultados de lesiones graves y muy graves y de muerte pueden dar lugar al delito (y, en su caso, a la falta) de lesiones y de homicidio imprudente respectivamente. En consecuencia, los riesgos leves, y los que, por leves, sólo dan lugar a lesiones leves quedarían extramuros del derecho penal, siendo su campo propio de aplicación la actuación administrativa.

En orden a valorar la gravedad del riesgo, pueden y deben tenerse en cuenta el número de infracciones en materia de seguridad en que ha incurrido el sujeto, la persistencia en el incumplimiento de los requerimientos que le haya formulado la autoridad administrativa, la persistencia en la propia infracción (reveladores de desidia o descuido frente a la obligación legal) y la gravedad de la infracción.

5º.- Medios suficientes o defectuosos.-

Comprende aquellos casos en que, para entendernos, el obligado se ocupa, pero se ocupa mal.

Sería, en principio, el ámbito propio del delito de riesgo imprudente (art. 317 CP), conforme a la doctrina de la Sala Segunda que ha declarado (S.T.S. 1355/2000, de 26 de julio) que la insuficiencia o defectuosidad de las medidas de prevención o del cumplimiento de las mismas deben operar en el delito de riesgo desplazando el dolo y trasformando el delito en imprudente. Si tenemos en cuenta que el art. 317 del C.P. castiga el delito de riesgo cometido por imprudencia grave, esta imprudencia será el límite por abajo de la infracción penal de riesgo, y, a su vez, el umbral por arriba de la infracción administrativa.

Es apreciable el conflicto en este caso, el difícil punto de inflexión entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, que deberá ser valorado en cada caso concreto.

16.- ENFERMEDADES PROFESIONALES.-

ENFERMEDAD PROFESIONAL

CONCEPTO: El artículo 116 de la LGSS define la enfermedad profesional como “la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esta proceda por la acción de elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”.

De dicha definición se pueden extraer los siguientes elementos:

- Que se trate de un trabajo por cuenta ajena. Por ello, hay que excluir a los trabajadores autónomos.
- Que sea consecuencia de la realización del cuadro que se especifique como de enfermedades profesionales. Hay que entender que aquellas enfermedades que no estén recogidas en el referido cuadro, no tendrán el carácter de enfermedades profesionales, pero si podrán tener la consideración de accidente laboral (artículo 84.2. e) LGSS).
- Que proceda de la acción de sustancias o elementos que en el cuadro de enfermedades profesionales se indique para cada enfermedad.

El artículo 116 de la LGSS, no viene sino a establecer, como señala el TS (Sala IV) en su sentencia de 14 de febrero de 2006, una presunción iuris tantum respecto al prueba régimen de prueba, por lo que podrá aplicarse el artículo 115 2.f) de la LGSS que señala que tendrán la consideración de accidentes de trabajo, las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva de un accidente. Por tanto, en los casos en que un trabajador, que ha permanecido asintomático, tras un accidente laboral

manifiesta elementos propios de una enfermedad profesional, el mismo se calificara de accidente laboral y no de enfermedad profesional.

Cuando se pueda establecer una relación de causalidad entre la exposición a un determinado elemento y una enfermedad que no esté recogida en el cuadro, dicha enfermedad podrá ser recogida como accidente laboral (artículo 115.2. e) LGSS).

El cuadro de enfermedades profesionales viene recogido en el Real Decreto 1299/ 2006.

Se puede establecer varios sistemas en orden a configura la enfermedad profesional:

- Sistema cerrado o de listas.
- Sistema abierto o de determinación judicial.
- Sistema mixto.

El sistema cerrado tiene como principal inconveniente que la actualización de la lista puede demorarse en el tiempo, por lo que existirá un desfase entre las listas elaboradas y los avances tecnológicos que pueden dar lugar a la existencia de nuevas enfermedades profesionales. Como ventaja el conocimiento de las sustancias susceptibles de producir determinadas enfermedades y el conocimiento de las medidas a adoptar en aras a su evitación.

El sistema abierto o judicial, supone que en cada caso habrá de determinarse la relación causal entre la exposición al agente y la enfermedad producida.

El sistema mixto supone la existencia de una lista de enfermedades profesionales, pero sin establecer un *numerus clausus*, dejando abierta la posibilidad de que judicialmente puedan añadirse nuevas enfermedades profesionales.

En cuanto a determinar los caracteres de la enfermedad profesional, la jurisprudencia del orden social viene señalando de forma reiterada que una de las características de la enfermedad profesional es “la acción lenta y progresiva”; diferenciando el accidente laboral de la enfermedad profesional en que en el primero aparece de forma súbita, violenta y externa, mientras que la segunda lo hace de forma progresiva. La STSJ de Cataluña de 22 de noviembre de 2005 (Rec. 4239/2004) dictaminó que “... no puede haber sido causada por un trabajo desempeñado únicamente durante dos días, por lo que no puede entenderse que estemos ante una enfermedad profesional; y... Es cierto, que una de las notas características de la enfermedad profesional es su lenta progresión e incluso su manifestación tardía —Sentencia más reciente de esta sala núm. 2.540/2004, de 25 de marzo... “.

La STS de 23 de noviembre de 2006 (Tol 1026793) reitera que para saber entonces si nos encontramos ante una enfermedad profesional, habrá que analizar si el causante reúne los tres requisitos que la citada norma exige para ello: que la enfermedad se haya contraído a consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena, que se trate de alguna de las actividades que reglamentariamente se determinan, y que esté provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinen para cada enfermedad.

En el plano penal, los pronunciamientos referentes a las enfermedades profesionales son escasos, ello debido a que mientras el accidente laboral se produce en un momento espacio-temporal perfectamente acotado, la enfermedad profesional hasta su manifestación, si bien se ubica en un espacio concreto, el marco temporal de desarrollo es muy amplio. Ello supone que se planteen a la hora de investigar, y por ende, de calificar un accidente laboral importantes problemas de imputación objetiva; esto es, determinar que unas determinadas condiciones de trabajo (ausencia de medidas de seguridad) han dado lugar a la aparición de la enfermedad

profesional. En tal sentido, no hay que olvidar que la imputación objetiva entre acción y resultado exige, sobre el presupuesto de la causación natural, como elementos determinantes:

- La creación o incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado.
- Que ese riesgo precisamente y no otro sea el que se concrete en el resultado producido.
- Que se encuentre dentro del ámbito o fin de protección de la norma.

Por ello, la problemática que se plantea en cuanto a la imputación objetiva deriva de la necesidad de probar que la carencia de las medidas de seguridad (conducta omisiva), ha creado, o en su caso, incrementado un riesgo para la salud de los trabajadores, el cual ha derivado en la producción del resultado (enfermedad profesional), la cual era a su vez, previsible y evitable. Todo ello aderezado por el hecho, ya apuntado, del vasto lapso temporal necesario para que la enfermedad profesional aflore.

Por tanto, debido a que la enfermedad profesional se manifiesta tras una acción “lenta y progresiva”, dos son los problemas que vamos a encontrar a la hora de proceder a la investigación y posterior calificación de las enfermedades profesionales. En primer lugar establecer la relación de causalidad entre la ausencia de medidas de seguridad y la enfermedad; y en segundo lugar, determinar quien o quienes son los responsables de dichas omisiones. Este último punto deviene especialmente controvertido desde el momento en que durante el lapso de tiempo en que tarda en manifestarse la enfermedad profesional, puedan ser varias las personas con responsabilidad en materia de seguridad y salud que se han ido sucediendo.

La STS nº 537/2005, de 25 de Abril (caso Ardystil), respecto a la primera de las cuestiones señala que “el resultado producido, consistente en el fallecimiento y lesiones graves de varios de los trabajadores de la empresa inspeccionada, extremos acreditados por los informes periciales, es

concreción de la situación de peligro para la producción de ese resultado que supuso la omisión, por parte del recurrente, de los deberes de cuidado que le incumbían respecto a las medidas de seguridad necesarias para preservar la salud de los trabajadores, que desde un principio se deberían haber adoptado... y que influyeron decisivamente en las muertes y enfermedades, como consta en los informe periciales a los que se hace mención en la sentencia de instancia.... Puede afirmarse, pues, la imputación objetiva de ese resultado”. Por ello, tras los informes de la Inspección de Trabajo y de los diferentes Institutos Regionales, en los que se especifiquen cuales han sido los incumplimientos en materia de seguridad y salud, serán determinantes los informes de los médicos forenses, o de otros especialistas médicos que certifiquen la relación de causalidad entre los agentes a los que han estado expuestos los trabajadores y la enfermedad desarrollada. En tal sentido es importante incorporar a las actuaciones todos aquellos historiales médicos de posibles trabajadores afectados (incluidos los fallecidos), que sin duda facilitarán la concreción de la relación de causalidad.

En el orden social no resulta inhabitual que el trabajador para conseguir la declaración de la enfermedad profesional, reclame ante los juzgados a título individual, lo que en muchos casos, vista la dinámica de los procedimientos laborales, supone que el juez decide sin poder valorar la situación de otros trabajadores afectados.

De cualquier forma, mayores problemas presenta la imputación de los sujetos responsables. La STS de 25 de abril de 2005, a que ya nos hemos referido, no arroja luz a la cuestión, ya que no se plantea la cuestión, puesto que los condenados (dueños y responsables de las empresas) parece que ocuparon durante todo el tiempo la dirección de las mismas.

Una solución fácil sería la de entender que sólo aquellas personas que ocupan cargos de responsabilidad en el momento de manifestarse la

enfermedad serán responsables; sin embargo se trata de una solución simplista y alejada de la realidad jurídica. En cuanto a la existencia del delito de riesgo no cabe duda alguna que la situación de grave riesgo para la salud de los trabajadores se han mantenido durante todo el tiempo en que ha habido carencia de las necesarias medidas de seguridad, por lo que todos aquellos con sucesiva responsabilidad en la materia serán responsables del delito del artículo 316 CP. En cuanto a la atribución del resultado, entiendo que la solución más acorde a la lógica jurídica sería la de considerar que todos aquellos que con su no actuar han, bien creado el riesgo, bien lo hayan incrementado, han sido partícipes del resultado. Todos y cada uno de los sujetos que han permitido con su conducta omisiva la producción del resultado han sido coautores al mismo.

Sobre las dudas que pudiéramos respecto a la posibilidad de la participación en los delitos imprudentes, la STS de 7 de diciembre de 1994 la admitía, siempre y cuando haya un acuerdo de voluntades en la realización del mismo acto peligroso reflexivo o imprudente, y no del resultado que se refería a la participación dolosa.

El Tribunal Supremo en su sentencia nº 1089/2009 de 27 de octubre (recurso 818/2009, Ponente Alberto Gumersindo Jorge Barreiro) establece como elementos definidores del delito imprudente:

- La infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado): obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de gravedad.
- La vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado): obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos externos no permitidos, o en su caso de actuar de forma que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de

éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que ha desencadenado.

- Nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (comportamientos activos).
- Imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado.

A ello añade la citada sentencia que en el caso de que nos encontremos ante comportamientos omisivos, habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico protegido.

Por su parte, la STS de 14 de junio de 2007, señala que respecto a la coautoría ha de concurrir, un elemento objetivo, el cual no consiste en la ejecución de todos los actos que integran el tipo penal, sino en la aportación por cada uno de los coautores de actos esenciales para la consecución del propósito común. El elemento subjetivo, supone la existencia de un acuerdo entre los coautores, no necesariamente previo, sino que basta con que surja durante la ejecución de los hechos-coautoría adhesiva o sucesiva- en la que no es necesario un previo y específico acuerdo anterior.

En el caso que estamos analizando, esto es, la coautoría en el caso de enfermedades profesionales, en los que ha habido (por el largo lapso de duración en la manifestación de la misma) una sucesión de sujetos con una posición de garante, y que con su “no hacer”, ha colaborado a la producción del resultado. La dinámica comitiva pudiera resumirse de la siguiente manera: existe un foco de peligro, que pudiéramos tildar de lícito, pero que como consecuencia de un no hacer (falta de medidas de seguridad), ha rebasado la línea que delimita lo lícito de lo ilícito, y por

tanto prohibido por el ordenamiento jurídico. Los sujetos que en un primer momento han creado o han incrementado el riesgo, que pasa de ser considerado como permitido a ser tildado de prohibido, desaparecen del curso causal de la acción, que se mantiene en el tiempo, por la irrupción de otros sujetos que ocupan su lugar y que mantienen la situación de riesgo ilícito, pero sin que aun se haya manifestado el resultado.

Por su parte, la STS de 16 de julio de 2009, recogiendo la afirmación que ya efectuaba la STS 1480/1999 de 13 de octubre, afirma que se admite la participación omisiva en un delito de resultado y conforme al artículo 11 CP, respecto de aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico de actuar, y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias. Entiende la sentencia, que la inacción, cuando se está obligado a actuar en defensa del bien jurídico tutelado, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma, hubiera sido causa para la no producción del resultado. Finalmente, afirma el Tribunal Supremo, que en los delitos de omisión sólo debe requerirse una causalidad hipotética, lo cual significa que debe de comprobarse si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado, con una seguridad rayana en la probabilidad.

El problema que se nos puede plantear en estos casos de coautoría es la potencial carencia del “*pactum scaeleris*” que es considerado en los delitos dolosos como la base de la misma. Acuerdo, que no es necesario que se produzca con carácter anterior o simultáneo, sino que puede producirse con carácter adhesivo, mientras continúe la ejecución del delito. En éste supuesto, entiendo que el mutuo acuerdo vendrá integrado por el conocimiento que cada sujeto adquiere de la comisión del hecho (en éste caso de la situación de riesgo que se ha generado con el no hacer). Por ello, cada uno de los sujetos que de manera sucesiva, y con su no hacer

mientras dura la ejecución del delito (acuerdo tácito), han contribuido, bien a mantener, bien a aumentar un riesgo calificado como no permitido, van a tener la consideración de coautores. Entiendo que estos sucesivos autores, si hubieran corregido con su hacer, la situación de riesgo prohibido creada con anterioridad a su irrupción en el curso causal, habrían evitado el menoscabo del bien jurídico, o al menos lo hubieran reducido de forma significativa.

Esta problemática de la coautoría en las enfermedades profesionales, puede en algunos casos manifestarse en el supuesto de un accidente laboral. Es el caso de un sujeto que con su hacer o no hacer (imaginemos el caso de un responsable de seguridad que ordena la retirada de una medida de seguridad de una máquina, produciéndose el resultado una vez que el mismo ha abandonado la empresa, habiendo otra persona responsable de la seguridad, y que ha mantenido dicha máquina sin los medios apropiados de seguridad) creo una situación de riesgo, pero el resultado lesivo para la vida salud de los trabajadores se produce en un momento posterior, una vez que dicho sujeto ya no es el encargado de dotar de las medidas de seguridad, sino un tercero diferente. ¿Es ese primer sujeto autor de algún delito?

Obviamente, la situación de grave peligro para la vida, salud o integridad de los trabajadores se produce desde el momento en que la medida de seguridad es retirada de la máquina, con lo cual la responsabilidad por el delito del artículo 316 CP no admite discusión. Sin embargo, una vez que dicho sujeto cesa en sus responsabilidades en materia de seguridad, desaparece la posición de garante que respecto a la fuente de peligro ostentaba, asumiéndola otro sujeto. La diferencia con la enfermedad profesional es clara, mientras ésta se manifiesta por una acción lenta y progresiva, el accidente laboral se produce de forma súbita, ubicada perfectamente en espacio y tiempo, con lo cual si dicho sujeto que en su día (con su hacer o no hacer) creo una fuente de peligro no permitida, en el

momento en que el resultado que se produce ya no ostenta la posición de garante, entiendo que no tendrá responsabilidad alguna en el delito imprudente de resultado.

17.- TRABAJADORES AUTÓNOMOS: ¿RESPONSABLES O VÍCTIMAS?.-

Suscitan el tratamiento de cuál es la posición de los trabajadores autónomos en la actividad laboral varias compañeras, aunque con distinta perspectiva. Mientras alguna, se preocupa porque observa que los contratos suscritos con autónomos en la construcción pueden, en realidad, estar encubriendo una relación laboral de trabajador dependiente, otra u otras, se plantean la cuestión de quién puede ser responsable cuando el trabajador víctima de un accidente laboral es autónomo.

El Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre (el art. 2.1.j) define primero al Trabajador autónomo, como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra.”

En primer, lugar, como ya adelanta José María López Cervilla en su Guía Jurisprudencial, el concepto de trabajador autónomo, en el ámbito penal, puede no coincidir con el que le atribuya el derecho laboral, mientras que para éste resulta esencial la existencia de contrato laboral o no, para el derecho penal, habrá de ser lo determinante, al margen del nombre asignado por las partes al contrato, si el trabajador desarrolla su trabajo autónomamente o bajo la supervisión del empresario principal. De manera que si el que ordena y supervisa la actividad es el empresario principal, a los efectos penales, deberemos considerar al trabajador autónomo como un trabajador dependiente, posible sujeto pasivo de la infracción sobre la normativa de prevención de riesgos. En consecuencia, es irrelevante para la

actuación del Ministerio Fiscal el hecho de que se produzca un proceso de sustitución de trabajadores dependientes del empresario, por trabajadores autónomos, cualquiera que sea el objetivo que persiga con ello. Si se está encubriendo una actividad laboral bajo un contrato mercantil entre el empresario y el trabajador autónomo, será a éste a quien competa el ejercicio de las acciones que le correspondan ante la jurisdicción social, pero respecto de la misma, carece el Ministerio Fiscal de legitimación para intervenir ante dicha jurisdicción, salvo que se haya producido violación de derechos fundamentales del trabajador. Cuestión distinta es que, en supuestos de siniestros laborales, el trabajador autónomo pueda ser considerado víctima, tanto del delito de riesgo como del delito de resultado lesivo.

LEGISLACIÓN APLICABLE:

En general, resulta aplicable en tales supuestos la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, que contiene especialmente una norma –el art. 8- dedicado a la prevención de riesgos laborales.

Particularmente, cuando nos referimos a la construcción de edificios, resultaría de aplicación el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre.

En cualquier caso, no podía ser de otra forma, resulta de aplicación la Ley 31/95, de Prevención de riesgos laborales, en especial el art. 24 y derivado del mismo, el RD. 171/2004, de coordinación de las actividades laborales.

DISTINTOS SUPUESTOS QUE PODEMOS CONTEMPLAR:

a) Trabajador Autónomo con trabajadores a su cargo:

El art. 8.8 de la Ley 20/07, establece, como no podía ser de otra forma, que *“las disposiciones contenidas en el presente artículos se aplicarán sin perjuicio de las obligaciones legales establecidas para los trabajadores autónomos con asalariados a su cargo en su condición de empresarios”*. Así pues, en relación con los propios trabajadores a su cargo, el trabajador autónomo debe ser considerado como un empresario, con todas las obligaciones derivadas de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

En el ámbito de la construcción, debemos llegar a la misma conclusión si tenemos en cuenta el párrafo segundo del art. 2.1.j) del RD 1627/07, que señala *“Cuando el trabajador autónomo emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena tendrá la consideración de contratista o subcontratista a efectos del presente Real Decreto”*. Por su parte, el art. 12 del mismo Real Decreto, establece las obligaciones de los trabajadores autónomos en materia de seguridad en la construcción de edificios.

Pues bien, sea considerado “empresario” en los términos del art. 8.8 de la Ley 20/07, o “contratista” o “subcontratista”, en los términos del RD 1627, en tales supuestos, el autónomo, más que víctima puede ser responsable del delito.

b) Trabajador Autónomo que presta sus servicios en el lugar del trabajo de la empresa que lo contrata:

En este caso, resultan de aplicación los números 3 y 4 del art. 8 de la Ley 20/07, especificándose en el primero de ellos que resulta de aplicación lo dispuesto en los números 1 y 2 del art. 24 de la LPRL en relación con la coordinación de actividades empresariales, y por lo tanto el RD 171/04 que desarrollo dicho precepto, fundamentalmente en torno a la cooperación entre empresas, establecimiento de los medios de coordinación y traslado de información entre las mismas, con obligaciones fundamentalmente para la empresa titular del centro de trabajo. Por su parte, el art. 8.4 de la Ley 20/07 establece que *“Las empresas que contraten con trabajadores autónomos la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas, y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo, deberán vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por estos trabajadores”*.

En el ámbito de la Construcción, el art. 2.3 del R.D. 1627/97, señala que *“Cuando el promotor contrate directamente trabajadores autónomos para la realización de la obra o de determinados trabajos de la misma, tendrá la consideración de contratista respecto de aquéllos a efectos de lo dispuesto en el presente Real Decreto”*. El Art. 11.1 d) establece como obligaciones de contratistas y subcontratistas la de *“Informar y proporcionar las instrucciones adecuadas a los trabajadores autónomos sobre todas las medidas que hayan de adoptarse en lo que se refiere a su seguridad y salud en la obra.”* Y el Art. 11. 2. que *“Los contratistas y los subcontratistas serán responsables de la ejecución correcta de las medidas preventivas fijadas en el plan de seguridad y salud en lo relativo a las obligaciones que*

les correspondan a ellos directamente o, en su caso, a los trabajadores autónomos por ellos contratados.”

Pues bien, en aquellos supuestos en que el trabajador autónomo se incorpora a una actividad laboral o profesional propia, en el ámbito de dirección de un empresario principal (en la construcción o en cualquier otra rama de la actividad) debe ser considerado sujeto protegido por la normativa de prevención, pues el cumplimiento de la normativa en el centro de trabajo del empresario principal depende del mismo, tal y como se desprende del art. 8.4 citado que establece para el empresario principal la obligación de “*vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención*”, corriendo de cargo del mismo la evaluación y la planificación de los riesgos, cuyo contenido, en lo que pueda atañer a la labor a desarrollar por el autónomo, deberá ser trasladado a éste, siendo, en definitiva, el cumplimiento de este contenido lo que habrá de ser “*vigilado*” por el empresario principal.

c) Trabajador Autónomo que presta sus servicios fuera del lugar de trabajo de la empresa que lo contrata pero con maquinaria o equipos proporcionados por ésta:

Resulta de aplicación en este caso el art. 8.5, de la Ley 20/07, que señala “*Cuando los trabajadores autónomos deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias o útiles proporcionados por la empresa para la que ejecutan su actividad profesional, pero no realicen esa actividad en el centro de trabajo de tal empresa, ésta asumirá las obligaciones consignadas en el último párrafo del art. 41.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*”, es decir, asume en este caso el empresario las obligaciones del fabricante, suministrador o

importador (art. 41.1 LPRL: “*Los fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo están obligados a asegurar que éstos no constituyan una fuente de peligro para el trabajador, siempre que sean instalados y utilizados en las condiciones, forma y para los fines recomendados por ellos. Los fabricantes, importadores y suministradores de productos y sustancias químicas de utilización en el trabajo están obligados a envasar y etiquetar los mismos de forma que se permita su conservación y manipulación en condiciones de seguridad y se identifique claramente su contenido y los riesgos para la seguridad o la salud de los trabajadores que su almacenamiento o utilización comporten*”).

Este supuesto representa menos problema, puesto que la responsabilidad se ciñe a los daños que pueda causar la maquinaria del empresario en la persona del autónomo y las obligaciones del empresario principal vienen perfectamente definidas en el art. 41.1. de la LPRL.

JURISPRUDENCIA:

A) Mera apariencia de autónomo.-

Como sucede en tantas otras cuestiones controvertidas acerca de la interpretación del tipo penal, las Audiencias no tienen una posición unánime sobre este tema. Sin embargo, en pronunciamientos concretos, apoya la tesis de considerar como víctima al autónomo, al desarrollar trabajos como cualquier otro empleado de la empresa, bajo la dirección del empresario. Así lo hace la **SAP de A Coruña (Sec. 2ª) 261/2008, de 23 de junio**, en el caso del fallecimiento de un trabajador autónomo especificando “*Por tanto lo que se deduce es que existía relación laboral,*

porque estaba contratado para realizar determinados trabajos, y que desarrollaba en la nave y con los medios pertenecientes a la misma, por tanto, propiedad de la empresa, por tanto con independencia del concreto contrato o de la denominación, además consta documentalmente que percibía cierta cantidad fija ingresada como nómina, que se correspondía con las facturas, por tanto con independencia del concreto contrato o de la denominación se deduce la concurrencia de las notas características de la relación laboral”. En el mismo sentido, la **SAP de A Coruña (Sec. 4ª) 20/2002, de 28 de febrero**, hace responsable del delito de riesgo del art. 348 bis a) CP y del delito de lesiones imprudentes del art. 565 a un empresario que contrató al trabajador lesionado, si bien le obligó a darse de alta como autónomo, señalando *“En relación con dicho inculpado cabe concluir que el mismo era el empresario encargado de la ejecución de los trabajos contratados con la comunidad de vecinos, y quien, a su vez, contrató al obrero lesionado, si bien le exigiese para ello darse de alta como autónomo , lo que provocó la correspondiente sanción administrativa por la Delegación Provincial de la Seguridad Social, al descubrirse tal situación por parte de la Inspección de Trabajo, siendo el recurrente el que le pagaba el sueldo y le suministraba el material necesario para desempeñar su trabajo”.*

B) La condición de autónomo no impide que sea considerado víctima del delito.-

La **SAP de Alicante (1ª) 399/2004, de 27 de julio**, mantiene la condena de promotor y arquitecto, como autores de un delito de riesgo del art. 317 CP y de una falta de lesiones por imprudencia leve del art. 621, razonando que la condición de autónomo de la víctima no exonera de su responsabilidad en cuanto a la adopción de las medidas de seguridad respecto de la misma.

Señala la sentencia: “Es cierto, en efecto que el lesionado ostentaba la condición de autónomo y a tal efecto le era exigible el cumplimiento de la normativa contemplada en el Real Decreto 1627/97, de 24 de octubre EDL1997/24683 , por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción y a tal efecto, el art. 12 le obliga al autónomo , entre otras, a aplicar los principios de la acción preventiva y a cumplir las obligaciones en materia de prevención de riesgos que establecen los arts. 15 y 29 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y precisamente por no haberlo hecho se considera en la sentencia impugnada que su actuación fue imprudente, pero no por ello el responsable de la seguridad de la obra y todos aquellos que por ley tienen obligación de cumplir las normas de seguridad en un edificio en construcción van exonerarse de la responsabilidad que la legislación oportuna les impone y es lo cierto y así ha resultado probado a través de la declaraciones de los testigos que acudieron al acto de la vista que el lesionado, acompañado del citado Rodrigo, entraron sin que la persona responsable de la obra, -considerando al lesionado como "tercero"- le impidiera su acceso, le requiriera sobre su presencia en el edificio, le acompañara a realizar su cometido, si es que tenía alguno, y le indicara y exigiera la adopción de las medidas de seguridad oportunas, empezando por indicarle el lugar de acceso, la existencia de cascos a su disposición, el anclaje de alguna red o barandilla que protegiera el riesgo de caída o le indicara la existencia del reciente fraguado del dintel de la ventana a la que el lesionado se agarró en su intento de no perder el equilibrio; pues bien, todas estas faltas de adopción de las más elementales medidas de seguridad, exigibles por ley al ahora recurrente, tras haber permitido que "un tercero" entre en una obra determinan que precisamente por no observar ni asumir la función de garante que ostentaba, tenga ahora que responder de las dos infracciones penales imputadas”.

La **SAP de Barcelona (5ª) 521/2006, de 18 de abril**, mantiene la condena de contratista y subcontratista como autores de un delito del art. 316 y de un delito de homicidio por imprudencia, pese a que el fallecido fuera un autónomo con tres trabajadores por cuenta ajena a su cargo, sin que este dato haya sido objeto de discusión.

Un supuesto especial lo constituye la **SAP de Baleares (1ª) 127/2003, de 30 de junio**, que, de un lado, absuelve contratista y técnico del delito del art. 317 CP señalando *“Y en ambas figuras delictivas el sujeto pasivo del tipo penal ha de ser un trabajador, condición que, como ya se ha dicho reiteradamente, no ostentaba el fallecido. De no ser así, se produciría una inadmisibile confusión entre sujeto legalmente obligado a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores a su servicio desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas para evitar peligro grave para sus vidas, salud o integridad física y víctima del delito”, pero les condena por una falta de muerte por imprudencia del art. 621 en un supuesto de muerte de un subcontratista (trabajador autónomo) con obreros a su cargo, señalando que “la obra adolecía de las necesarias medidas de seguridad colectivas, previstas no sólo para la seguridad de los trabajadores, sino también, de los técnicos de la obra para verificar la regularidad de los trabajos realizados, posibles visitantes y por supuesto del subcontratista” y añadiendo “Ahora bien, la existencia de esa imprescindible relación de causalidad entre insuficiencia de medidas de seguridad y accidente mortal producido, no es causa eficaz y adecuada para imputar objetivamente la total responsabilidad en el evento dañoso a los acusados, en cuanto a ellos correspondía adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar el accidente objeto de enjuiciamiento, pues la víctima del delito también se hallaba en una posición de co-garante*

para exigir a la empresa contratista y a los encargados de la seguridad de las obras la adopción de las medidas de seguridad colectivas exigibles y necesarias, hasta el punto de hallarse legalmente facultado para instar la suspensión de las obras hasta tanto no se adopten o restableciesen tales medidas de seguridad y, por otro lado, tenía un control, cuando menos parcial y en relación a las medidas autónomas de protección, de las fuentes originadoras del peligro, al venir obligado a tenor de las propias exigencias genéricas del plan de seguridad de las obras, normativa aplicable y normas reguladoras del ejercicio de su profesión - lex artis ad hoc - a facilitar a sus operarios y disponer y utilizar él mismo del cinturón de seguridad, al existir colocados sobre el hueco interior del ascensor puntos de anclaje reservados al efecto, según manifestó en el acto del juicio el testigo albañil de las obras, cinturones de los que disponía el mismo Sr Benedicto y que si no utilizó fue porque no quiso hacerlo. Participación de la víctima en su propio accidente que ha de estimarse lo suficientemente relevante como para degradar la co-responsabilidad penal de los acusados a una simple falta de imprudencia, prevista y penada en el artículo 621 del CP”.

C) El autónomo no es trabajador dependiente y por lo tanto, no puede ser víctima.-

La **SAP de Ávila (sec. 1ª) 249/2006, de 26 de diciembre**, mantiene la absolución de un acusado sobre la base de que el lesionado ostentaba posiblemente la consideración de autónomo, es decir, porque no se había probado la relación laboral.

En un supuesto diferente, en que el fallecido es un trabajador autónomo - socio de una cooperativa-, la **SAP de Vizcaya (1ª) 756/2002, de 30 de**

septiembre, absuelve al presidente de la cooperativa, pues tenía idéntica jerarquía en la víctima que el fallecido y al contratista, porque no tenía relación laboral con la víctima, señalando *“En consecuencia, dada la condición de autónomo de la víctima, con la consiguiente obligación de adoptar en relación a su propia persona de las medidas de seguridad necesarias en el desarrollo de su actividad laboral y la ausencia de relación de dependencia y subordinación respecto D. Jesús Miguel, ninguna responsabilidad le es exigible a esta por la omisión por la víctima de las normas de seguridad en el trabajo. Y por la misma razón debe excluirse la responsabilidad del contratista D. Alejandro, pues si bien la normativa laboral en materia de seguridad en el trabajo impone a la empresa contratista las mismas exigencias que al empresario respecto a los trabajadores de la empresa contratada (Ley de Prevención de Riesgos Laborales EDL1995/16211) la inexistencia de relación de dependencia laboral de la víctima con la empresa subcontratada excluye tal exigencia en lógica derivación de su posición equiparable a tales efectos que la de la empresa contratada”*.

D) Autónomo con trabajadores a su cargo, responsable y no víctima del delito.-

En un supuesto en que el lesionado es un trabajador a cargo del trabajador autónomo, la **SAP de Barcelona (5ª) 487/2007, de 29 de junio**, condena al autónomo como autor tanto del delito de riesgo como del delito lesiones imprudentes, afirmando que el mismo tenía la cualidad de contratista *“no de autónomo ya que tenía contratado a un trabajador por cuenta ajena”*. Reitera idéntico criterio la **SAP de Barcelona (2ª) 974/2002, de 4 de noviembre**, condenando al autónomo, al que considera *“empresario”* por el delito de riesgo del art. 316 y por el delito de homicidio imprudente del art.

142, en un supuesto en que el fallecido era empleado del autónomo. En tal sentido, señala “... *resultado de muerte que es directamente imputable al riesgo creado por la omisión de las medidas de seguridad que, de acuerdo con las normas reglamentarias, debía haber tomado el inmediato y directo responsable de la obra, el acusado Héctor, empresario autónomo para cuya realización había sido contratado por Pumeba SA. a cambio de precio y respecto de la cual tenía, por tanto, exclusiva responsabilidad, como después se dirá*”. Por el contrario absuelve al contratista y al técnico de la obra.

18.- TERCERO AJENO LESIONADO.-

¿Qué ocurre cuando las lesiones se producen en una persona ajena a la relación laboral? ¿Concurso de normas? ¿Concurso ideal de delitos?

Dos son las situaciones que se pueden plantear; en la primera de ellas, un tercero ajeno al centro de trabajo (obra) sufre lesiones, o fallece, como consecuencia de la falta de medidas de seguridad. En el segundo de los supuestos, y debido a la falta de medidas de seguridad, tanto un trabajador de la empresa (obra), como un tercero ajeno a la misma (transeúnte) sufren lesiones o fallecen.

La solución a la primera de las situaciones no ofrece duda alguna, nos encontraremos ante un delito de homicidio o lesiones imprudente sin especialidad alguna, a sancionar con arreglo a lo establecido en los artículos 142, 152 o 621, todos ellos del código penal (en rigor, no sería de nuestra competencia al no ser propiamente accidente laboral); salvo en el caso de que esa concreta falta de medidas de seguridad se acredite que también ha afectado a algún trabajador, en cuyo caso nos encontraremos ante un delito de riesgo del artículo 316 CP, en régimen de concurso ideal de delitos con un delitos de homicidio (artículo 142 CP) o lesiones (artículo 152 CP) imprudentes, supuesto este último que será excepcional en la práctica y en el que, en principio, no intervendrá la Inspección de Trabajo, salvo requerimiento expreso al efecto.

En tal sentido se pronuncia la **SAP de Huelva (sección 2ª) de 13 de septiembre de 2002**, en relación al fallecimiento de dos inquilinos y a las lesiones sufridas por su sobrina, debido a las filtraciones que se produjeron por las grietas existentes en el edificio donde se ubicaban, tanto la vivienda

de los afectados, como la empresa, de los gases desprendidos por un producto utilizado para la desinfección de ácaros de las piezas de jamón que se encontraban en situación de secado. El Juzgado de lo Penal condenó por un delito contra los derechos de los trabajadores, y por dos delitos de homicidio imprudente en concurso ideal con otro delito de lesiones imprudentes. Por su parte la Audiencia sólo modifica el fallo en el sentido de considerar los resultados producidos como constitutivas de sendas faltas de homicidio y una de lesiones por imprudencia grave, en régimen de concurso ideal. Como se desprende de los hechos probados, los trabajadores que hicieron uso del producto siguiendo órdenes de los administradores de la empresa, estuvieron expuestos a la situación de riesgo, debido a la falta de formación de equipos de seguridad en su utilización, y aunque en ellos no se produjo resultado lesivo alguno, si se materializó éste en terceras personas ajenas a la relación laboral.

El segundo de los supuestos planteados puede ofrecer alguna duda a la hora de aplicar el oportuno régimen concursal (concurso de normas o concurso de delitos).

La jurisprudencia, en lo casos en que se ha producido un accidente laboral con resultado lesivo o con fallecimiento, aplica los preceptos del concurso de normas del artículo 8 del Código Penal, para el caso de que sólo los trabajadores que han resultado fallecidos o lesionados hayan sido los que han estado en situación de riesgo. Mientras que aplica las normas del concurso ideal de los delitos para el caso de que el resultado o resultados producidos hayan sido sólo uno de los posibles resultados que se han podido producir; esto es, cuando además de los trabajadores afectados por el resultado, ha habido otros trabajadores expuestos a esa misma situación de riesgo.

La cuestión que nos planteamos es la siguiente, cuando uno de los sujetos afectados (lesionado o fallecido) no es un trabajador, sino una persona ajena a la relación laboral ¿aplicamos los preceptos del concurso de normas, o los del concurso de delitos? Supongamos que un trabajador resulta lesionado, y a su vez una tercera persona (transeúnte) resulta lesionada por la falta de medidas de seguridad. En el caso de las lesiones del trabajador, habrá que acudir al concurso de normas, siempre que no haya habido otros trabajadores en situación de riesgo. Sin embargo, ese tercer sujeto lesionado, y respecto del que no existe relación laboral que le otorgue la cualidad de sujeto protegido por el artículo 316 CP, ¿qué relación guardarán sus lesiones con el referido delito de riesgo?.

Si acudimos a lo establecido en el artículo 382 del Código Penal, en el caso de los delitos contra la seguridad del tráfico (delitos de peligro-bien abstracto, bien concreto), la solución que el mismo establece es la del concurso de normas, ya que el legislador manifiesta que sólo se apreciará la infracción más gravemente penada. El **Tribunal Supremo en su sentencia nº 122/2002, de 1 de febrero**, y respecto a la cláusula contenida en el artículo 382 (antes artículo 383) señalaba, *“La cláusula concursal del artículo 383 coincidente en su criterio con la del Código anterior, artículo 340 bis c), supone una excepción a la regla general válida para los delitos de peligro, según la cual en caso de producción del resultado lesivo, el correspondiente tipo de resultado absorberá el desvalor de peligro tan solo en la medida en que el riesgo se haya agotado realizándose plenamente en el resultado.”*

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el transeúnte no se encuentra bajo el paraguas de protección de la norma del artículo 316 CP, ya que no es

trabajador, por lo que sus lesiones no se derivan de la grave situación de riesgo para los trabajadores que describe el tipo legal, y por ello, no es un resultado de los que pudieran manifestarse. En palabras del Tribunal Supremo, el resultado producido no absorbe el desvalor que el riesgo ha creado. Por ello, habrá de considerarse que el delito del artículo 316 CP y las lesiones sufridas por el trabajador estarán en régimen de concurso de normas, y las lesiones del tercero en régimen de concurso ideal con el delito de resultado lesivo y eventualmente con el delito de riesgo, si éste por las reglas del concurso de normas resulta de preferente aplicación. Ello supone que la conclusión segunda del escrito de calificación deberá redactarse de la siguiente forma (dependiendo de la gravedad de las lesiones):

2. Los hechos son constitutivos:

- De un delito de lesiones imprudentes del artículo 152.1.2º CP, en concurso de normas (artículo 8.3 CP, al ser más grave que el delito de resultado de lesiones) con un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 316 CP (en relación con la normativa de prevención infringida).

- De un delito de lesiones imprudentes del artículo 152.1. (1º, 2º o 3º) CP. Dicho delito se encuentra en régimen de concurso ideal (artículo 77 CP) con el delito anterior

2. Los hechos son constitutivos:

- De un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 316 CP (en relación con la normativa de prevención pertinente) en concurso de normas (artículo 8.4 CP, al ser más grave del delito de riesgo) con un delito de lesiones imprudentes del artículo 152.1.1º o 3º CP.

- De un delito de lesiones imprudentes del artículo 152.1. (1º, 2º o 3º) CP. Dicho delito se encuentra en régimen de concurso ideal (artículo 77 CP) con el delito anterior.

En el caso de que uno de los lesionados fuera el arquitecto, aparejador, coordinador de seguridad...etc., debería hacerse una interpretación extensiva que permitiera considerarles trabajadores protegidos por el artículo 316 CP, ya que aunque la relación que les une, bien con el promotor, bien con la contratista, sea la de un arrendamiento de servicios, al tratarse de profesionales liberales, lo cierto es que el concepto de trabajador a que se refiere el artículo 316 CP, no debemos de interpretarlo en un sentido formal como persona con contrato laboral y dado de alta en la seguridad social, sino como aquella persona que presta sus servicios dentro de la obra, sobre la cual debe tener en todo momento el control sobre la seguridad el empresario.

19.- POSIBLE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN.-

La pregunta a la que hay que dar respuesta es si el técnico de los servicios de prevención es un asesor de seguridad o si es un decisor de seguridad.

Para dar respuesta a esta cuestión, partimos de dos ideas:

a) Los servicios de prevención llevan a cabo una actividad normativamente reglada. La respuesta correcta a la cuestión de si son asesores o decisores de seguridad, exige un detallado análisis de los preceptos legales y reglamentarios que regulan la institución, es decir, de la LPRL 31/1995, y del RD 39/1997, reformado por RRDD 780/1998, 688/2005, 604/2006.

b) Se trata de ver si la regulación legal y reglamentaria mencionada responde a la cuestión esencial: el técnico de prevención ¿asesora o decide?.

a) En cuanto a la normativa aplicable, hay que distinguir entre los preceptos de la Ley de Prevención que regulan la materia y los del Real Decreto 39/97.

1.- ¿Qué dice la Ley?.-

La regulación básica se contiene en el Capítulo IV de la Ley (arts. 30 a 32 bis).

En concreto, el artículo 30.1 de la LPRL establece tres modalidades para el cumplimiento del deber de prevención del empresario al señalar que “*en cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el*

empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa.”

El art. 31.2 LPRL nos dice qué debemos entender por servicio de prevención, concibiéndolo como *“el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados”*.

Por su parte, el art. 31.1 LPRL establece como obligatorio (*“deberá recurrir”*, señala) la constitución de un servicio de prevención propio o bien la concertación de un servicio de prevención ajeno.

Tales preceptos, unidos al contenido del artículo 31.3 de la LPRL, que establece *“Los servicios de prevención deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo en ella existentes”*, determinan que las funciones que recoge ese mismo precepto sean de asesoramiento y apoyo.

2.- ¿Qué dice el Reglamento de los Servicios de Prevención?.-

La calificación establecida en los preceptos aludidos se difumina un poco en el Reglamento, sobre todo cuando se refiere a los servicios de prevención propios al definir los mismos en su art. 10.1 como *“el conjunto de medios humanos y materiales de la empresa necesarios para la realización de las actividades de prevención”*.

Sin embargo, insiste en su perfil asesor al definir los servicios de prevención ajenos, como “el prestado por una entidad especializada que concierte con la empresa la realización de actividades de prevención, el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgos o ambas actuaciones conjuntamente.”

Y el art. 19.1 RD 39/97, en su párrafo primero además de ratificar el carácter de asesoramiento y apoyo de las funciones que prestan los servicios de prevención incide en que corresponde la responsabilidad de la ejecución de las medidas propuestas por los servicios de prevención a la propia empresa, aunque podrá delegarla en los servicios contratados de prevención cuando los deberes ejecutivos son especializados. Por otra parte, como se ha dicho, en relación con los servicios de prevención propios parece que el art. 10.1 del RD 39/97, mencionado parece inclinarse por atribuirles un matiz decisor cuando se refiere a la “*realización de las actividades de prevención*”.

A la vista de todo ello, debe decirse que la regulación normativa no es DEFINITIVA o CONCLUYENTE, pues deja las puertas abiertas al servicio de prevención decisor o asesor, y, en cualquier caso a la posibilidad de delegación de las funciones ejecutivas por el empresario y al encargo del servicio por parte de la empresa.

b) Vista la regulación citada, ¿es aclaratoria la misma de la cuestión planteada?, es decir, el servicio de prevención, ¿asesora o decide?.

La respuesta deberá darse atendiendo al caso concreto. En principio asesora, pero decide o ejecuta cuando:

1. Hay una auténtica delegación de funciones.
2. Asumida voluntariamente.
3. Se le atribuyen medios suficientes para el desarrollo de esta función.

Aplicando estas reflexiones a la posibilidad de que el técnico del servicio de prevención pueda responder por el delito de riesgo del art. 316 CP y por los delitos de resultado lesivo a que he aludido antes, podía decirse que teniendo en cuenta la exigencia de aquel precepto de que el sujeto activo sea el que está “legalmente obligado”, el técnico de prevención podrá serlo cuando sea un “encargado del servicio” a que se refiere el art. 318 CP, cuando estemos ante empresarios constituidos en personas jurídicas. Para ello se precisa que haya habido una efectiva y real delegación de competencias, no una mera expresión de voluntad del empresario y del técnico, que también, sino un traslado material de competencias, lo que implica dotación de medios materiales y organizativos, porque asume así una función de control directo y ejecutivo del riesgo, es decir, tiene el dominio del hecho. Cuando estemos ante empresarios constituidos por personas físicas, esta auténtica delegación de poder y funciones puede producirse a favor del técnico como administrador o representante de la persona física en los términos establecidos en el art. 31 CP.

Si nos referimos a la posibilidad de que el técnico pueda ser responsable de los delitos de resultado lesivo, se hace desde la perspectiva de que el resultado lesivo producido (la muerte o lesiones de algún trabajador) pueda ser imputada objetivamente a su conducta, es decir que con su actuación u omisión ha generado o incrementado el riesgo para la vida o salud de los trabajadores.

En cualquiera de los dos supuestos, sin excluir la responsabilidad del delegante, pero esa es otra cuestión.

Por último hay que decir que la responsabilidad penal del técnico puede traer causa de la evaluación de riesgos, pues el último párrafo del art. 19.1 del RD 39/97, señala que *“lo anterior se entiende sin perjuicio de la responsabilidad directa que les corresponda a las entidades especializadas en el desarrollo y ejecución de actividades como la evaluación de riesgos, la vigilancia de la salud u otras concertadas.”* Aún siendo un supuesto de difícil concreción, tal responsabilidad podría producirse cuando la evaluación de riesgos sea incompleta o no prevea determinados riesgos específicos por causas imputables directamente al técnico.

En la reunión de Fiscales especialistas en siniestralidad laboral celebrada en Ávila los días 25 y 27 de junio de 2006, se concluyó que *“la imputación de los Servicios de Prevención, tanto externos como internos, solo será posible cuando haya habido una auténtica delegación de poder, con las siguientes exigencias:*

- 1. Capacitación –formación- información.*
- 2. Disposición de los medios necesarios y adecuados.*
- 3. (esencial) Poder y capacidad efectivos de acción y decisión cedidos por el empresario.*

A efectos de comprobar la concurrencia o no de estos presupuestos se solicitará la incorporación al procedimiento del contrato celebrado entre empresario y servicio de prevención.

Excepcionalmente la responsabilidad de los Servicios de Prevención también puede traer causa del Estudio de Evaluación de Riesgos cuando su carácter incompleto o la imprevisión del riesgo pueda serle imputable.”

b) ¿Qué dicen las Audiencias sobre la posible autoría o participación de los técnicos de los servicios de prevención en los delitos de riesgo de los artículos 316 y 317 del C.P. y en los delitos de resultado lesivo?

La Jurisprudencia de las Audiencias no se ha pronunciado claramente, con carácter general, sobre la imputación a los técnicos de los servicios de prevención los delitos de riesgo de los arts. 316 y 317 del C.P., aunque hay Sentencias que consideran autores de dicho delito al responsable de la mercantil, sobre la base de considerarlo encargado del servicio en un supuesto en el que se habían delegado funciones ejecutivas, hasta el punto de considerar a dicho responsable del servicio de prevención un factor del empresario. Concretamente dice la **Sentencia de la A.P. de Barcelona, sec. 5ª, S 30-6-2008, nº 469/2008** ratificando la condena del técnico de prevención, con facultades de aplicación, desarrollo, control y vigilancia de la ejecución de las medidas de seguridad, y del encargado de la obra: “*Así pues, la cuestión con respecto al acusado Oscar, responsable de la mercantil que tenía la obligación de facilitar los servicios de asesoramiento, aplicación y desarrollo de las medidas de prevención, seguridad y salud de la obra, como señala la sentencia, y un deber de controlar y vigilar personalmente que los trabajadores de la empresa siguieran las instrucciones evitadoras de los riesgos laborales cuando estaban desarrollando sus tareas, para no poner en peligro grave su vida, salud o integridad física.... se determina a los dos acusados como los responsables de la omisión referida, con lo que debemos estar de acuerdo*

pues ni uno ni otro, -uno como factor mercantil encargado de control y seguimiento de las medidas de seguridad y el otro como encargado de la obra - incumplieron sus deberes de que se cumplieran las normas sobre prevención y seguridad en el lugar de trabajo, pues debían controlar y vigilar que las instrucciones y medidas dirigidas a evitar el riesgo de accidentes laborales fueran aplicadas por todos los trabajadores y por ello al no haberlo hecho, responden de las omisiones generadoras del riesgo a título personal.”

Por otra parte, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla sec. 7ª, S 17-2-2009, nº 74/2009**, que analiza un supuesto en el que se encarga por una empresa dedicada a faenas agrícolas una evaluación de riesgos a un servicio de prevención externo y se procede por el técnico de prevención a realizar un estudio genérico, sin visitar una de las fincas sobre la que discurría un tendido eléctrico a 6,38 metros (reglamentariamente), sin evaluar el riesgo de electrocución al no prever como necesarias medidas de protección, tales como la distancia que hay que guardar respecto de la línea, o si habría que desconectar la tensión durante las labores de recolección, de tal manera que cuando se procedía a recoger las naranjas, un trabajador toca la línea eléctrica con la escalera de mano que utilizaba para la recolección electrocutándose y muere electrocutado. En este caso, si bien el juzgado de lo penal había condenado por delito de riesgo y por delito de homicidio por imprudencia profesional, la Audiencia absuelve del delito del art. 316 CP y ratifica la condena por el delito del art. 142.3 CP, expresando respecto de la absolución por el delito de riesgo un razonamiento que llevaría a la distinción entre servicios de prevención internos y externos ajenos, así como que, en el caso concreto, no se habían delegado funciones ejecutivas: *“Pues bien, de los términos del acuerdo (folios 173 a 183) se deduce que por parte de Atenea no se tenía obligación*

de facilitar los medios o de la adopción y supervisión de la actividad a desarrollar. De los términos del artículo 318 se deduce que se trata de una conducta dolosa que precisa conocimiento (que en este caso no existía por parte del acusado debido a la negligencia en la redacción de su plan por lo que ya se le condenó) y cierta capacidad de mando en cuanto puedan remediarlos y no adopten medidas, con lo que el precepto parece aludir a supuestos en que exista dentro de la empresa departamentos o servicios encargados de la prevención específicos, o personal al menos a ello dedicado, o empresas externas contratadas con la misma función que estos servicios”. En este punto, según vemos, difiere la Audiencia del criterio adoptado en la conclusión de Ávila citada, sobre la base, parece deducirse, de la distinción entre servicio de prevención interno y externo.

En relación con la condena por el delito de homicidio por imprudencia profesional dice: *“que la negligencia grave del técnico fue no desplazarse a la finca pues hubiera detectado indudablemente la existencia de un tendido eléctrico y de una casetilla transformadora.*

...

La generalidad del plan sin descender a las características de cada una de los inmuebles, la no personación siquiera fuera para comprobación, la consideramos una omisión grave.

...

Se omitió un hecho que nos parece esencial, esté expresamente reglado o no el desplazamiento a los centros de trabajo para la elaboración del plan de seguridad, precaución que nos parece obvia. No se previó un riesgo existente porque no se acudió in situ. Más aún, incluso no acudiéndose, no se contempló pese a que, como se ha señalado, no era descartable que para realizar las labores que se pretendían se tenía que ascender y que el riesgo en las actividades que había que hacer en elevación iban más allá

de las simples caídas. En definitiva, la impericia profesional descansa en el craso error en el desarrollo de la actividad para la que se tiene conocimientos especiales, y en este caso la hubo.”

Por su parte, una reciente **Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (SAP Pontevedra -Sec. 4ª- 31/2009, de 16 de febrero)**, condena a un técnico de prevención, aparentemente de un servicio interno de prevención, aunque no lo dice, como autor de una falta de homicidio por imprudencia leve del art. 621.2 del C.P., después de absolverle del delito de riesgo del art. 317 del C.P. y del delito de homicidio por imprudencia grave del art. 142 del C.P., por los que había sido condenado por el Juzgado de lo Penal. A pesar de absolverle del delito de riesgo por imprudencia grave (art. 317 C.P.) no razona si puede o no ser autor del delito de riesgo, aunque se infiere que podría serlo, pues el motivo de la absolución es que *“la omisión imputable a la recurrente no se puede calificar de grave”*, y, como es bien conocido, la imprudencia en el delito de riesgo sólo es punible cuando se trata de imprudencia grave. En este caso, aún no habiéndose producido evaluación de riesgos, lo que era competencia del técnico de prevención considera que las medidas adoptadas podían asimilarse en cierta forma a las que preveía la normativa, aunque no fueran todas las posibles (el hecho en cuestión se produce porque un trabajador muere electrocutado cuando procedía, con otros, a tirar un cable eléctrico entre dos torretas de media tensión, salvando una línea de baja tensión existente entre ellas, habiendo previsto como única medida de seguridad, la utilización de una escalera apoyada en la línea de baja tensión, que no resultó suficiente por cuanto al tirar del cable se salió de la escalera, contactó con la línea de baja tensión y provocó la electrocución del trabajador).

En cuanto a la posibilidad de que el técnico de prevención pueda ser responsable de la infracción imprudente de resultado lesivo, resulta obvio que así sea, puesto que estamos ante una infracción penal común. Además de las sentencias citadas, la **S.A.P de Palencia 14/2005, de 14 de marzo**, efectivamente, lo condena por falta imprudente “*en cuanto custodio de la seguridad del trabajador fallecido en su calidad de técnico de prevención de riesgos laborales de la empresa para la que el mismo trabajaba*”.

20.- LA RESPONSABILIDAD DE LOS RECURSOS PREVENTIVOS Y SU INCIDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS COORDINADORES DE SEGURIDAD Y SALUD.-

La cuestión de la responsabilidad de los recursos preventivos fue tratada en la reunión de especialistas celebrada en Toledo. La conclusión que se adoptó en dicha reunión tenía el siguiente contenido *“Los recursos preventivos, teniendo en cuenta las facultades que le otorgan las diferentes normas de prevención de riesgos laborales que los regulan (básicamente los artículos 32 bis de la LPRL y 22 bis del RD 39/97), no pueden considerarse “sujetos legalmente obligados”, por lo que, en principio, no podrán ser imputados por los delitos de riesgo (artículos 316 y 317 CP), sin perjuicio de que por las “específicas” facultades o funciones que les otorgue el empresario en cada empresa (delegación de poder con las exigencias expuestas en la conclusión anterior) puedan serlo. Ello además sin perjuicio de que en función de otras “actividades” que desarrollen puedan ser considerados “encargado del servicio”, conforme a lo que dispone el artículo 318 del CP, y, como tal, responsables de los delitos contemplados en los artículos 316 y 317 del CP. En cualquier caso, sí podrán ser responsables del delito de resultado lesivo, al ser delito común, y siempre que concurran los presupuestos legales.”*

Sin embargo, no es inhabitual que, tanto en los recursos que se plantean durante la instrucción de un procedimiento en el que se encuentra imputado un “coordinador de seguridad y salud”, como durante la celebración del juicio oral, las defensas de los mismos aleguen que tras la creación de los recursos preventivos, ya hay legalmente una persona encargada de la vigilancia de las medidas de seguridad en la construcción, lo que conlleva que el coordinador de seguridad y salud no tenga dicha “obligación”. Tales argumentaciones son las que nos llevan volver a tratar la cuestión de la

responsabilidad de los recursos preventivos en el ámbito penal, y la repercusión que su creación pueda tener en la responsabilidad de los coordinadores de seguridad y salud.

La primera cuestión que hay que reseñar es que, mientras el “recurso preventivo” es un trabajador del empresario (contratista o subcontratista), el coordinador de seguridad y salud es un profesional liberal, nombrado por el promotor y que no tiene dependencia laboral alguna con contratista o subcontratista.

Dicho esto, señalar que el recurso preventivo debe de ser considerado como una persona o personas, nombradas por el empresario (ya sea contratista o subcontratista), con capacidad suficiente y medios adecuados, tienen como función vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas. Los defensores de la responsabilidad de los recursos preventivos sustentan la misma en el hecho de que los mismos están investidos de cierta autoridad, ya que la ley les faculta para dar instrucciones, además de ejercer importantes funciones de vigilancia del cumplimiento, suficiencia y adecuación de las medidas preventivas, haciéndoles por tanto garantes del riesgo.

Aclarar que los recursos preventivos son personas ajenas a la Dirección Facultativa de la Obra, y por ello no ostentan las facultades recogidas en el artículo 14 del RD 1627/1997, el cual, sabido es, faculta para la paralización de los trabajos en el caso de incumplimiento de las medidas de seguridad en caso de riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores. Es precisamente, la facultad que éste precepto otorga a la dirección facultativa y al coordinador de seguridad, la que lleva a afirmar la responsabilidad de éstos agentes en el cumplimiento de las normas

preventivas y su responsabilidad en cuanto potenciales sujetos activos del delito tipificado en el artículo 316 CP.

Para dar respuesta a los argumentos antes expuestos, habrá que conocer cuales son las funciones que la Ley otorga a los recursos preventivos. Así, la Disposición Adicional 14 de la Ley 31/1995 (LPRL) en cuyo apartado d) señala que, “La preceptiva presencia de los recurso preventivos tendrá como objeto vigilar el cumplimiento de las medidas incluidas en el plan de seguridad y salud en el trabajo y comprobar la eficacia de estas”. Por su parte, el artículo 22 bis del RD 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, señala que “La presencia es una medida preventiva complementaria que tiene como finalidad vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas en relación con los riesgos derivados de la situación que determine su necesidad para conseguir un adecuado control de dichos riesgos”. El citado precepto añade que en el caso de que en base a la citada vigilancia, se observe un deficiente cumplimiento de las actividades preventivas, los recursos preventivos:

- Harán las indicaciones necesarias para el correcto e inmediato cumplimiento de las actividades preventivas.
- Deberán poner tales circunstancias en conocimiento del empresario, para que éste adopte las medidas necesarias.

El citado precepto continúa diciendo que en el caso de que el recurso preventivo observara, ausencia, insuficiencia o falta de adecuación de las medidas preventivas deberán poner tales circunstancias en conocimiento del empresario.

Finalmente, la Disposición Adicional Única del RD 1627/1997, señala en su apartado b), que cuando, como resultado de la vigilancia, se observe un deficiente cumplimiento de las actividades preventivas, los recursos preventivos:

- Deberán dar las instrucciones necesarias para el correcto e inmediato cumplimiento de las actividades preventivas.
- Deberán poner tales circunstancias en conocimiento del empresario para que éste adopte las medidas necesarias.

Continúa el citado precepto, que cuando como resultado de la vigilancia, se observe ausencia, insuficiencia o falta de adecuación de las medidas preventivas, los recursos preventivos deberán poner tales circunstancias en conocimiento del empresario; el cual procederá de manera inmediata a la adopción de las medidas necesarias para corregir las deficiencias y la modificación del plan de seguridad y salud.

De la lectura de los citados preceptos se deduce, sin duda alguna, que la función primordial de los recursos preventivos en la “vigilancia” del cumplimiento de las medidas de seguridad establecidas, bien en el Plan de Prevención, bien en el Plan de Seguridad y Salud. ¿Puede ésta labor de vigilancia que tienen encomendada convertirles en sujetos “legalmente obligados”?

Hoy día la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales estima de forma mayoritaria, que entre los denominados medios que el empresario debe de facilitar a sus trabajadores para que desarrollen el trabajo en condiciones de seguridad, se encuentran el deber de vigilancia. Por ello, en el plano teórico un agente con facultad de vigilancia podría ser potencialmente un sujeto legalmente obligado. Sin embargo, no debemos de olvidar que la mera

asignación de labores de vigilancia, si bien pueden hacer nacer en el recurso preventivo una “posición de garante” respecto a sus compañeros, que le coloquen como posible sujeto activo del delito lesivo imprudente cometido por comisión por omisión, no es suficiente para convertirle en potencial sujeto del delito contemplado en el artículo 316 del Código Penal. En concreto, dicho sujeto debe de estar revestido de concretas funciones de mando y decisión (como ocurre en el caso del Jefe de Obra), de las cuales carece en principio del recurso preventivo.

Como ya hemos señalado, aquellos que defienden la responsabilidad de los recursos preventivos, y por ende, la irresponsabilidad de los coordinadores de seguridad, sustentan sus posiciones en el hecho que el recurso preventivo está imbuido de “cierta autoridad”, en tanto en cuando pueden dar instrucciones. Entiendo que ello no es así, tanto la alocución “harán las indicaciones necesarias”, que recoge la Disposición Adicional 14 de la Ley 31 /1995, como la aseveración “deberán dar las instrucciones necesarias”, que recoge la Disposición Adicional Única del RD 1627/1997, no les dota de la autoridad necesaria para ser sujetos legalmente obligados, en cuanto no supone la atribución de funciones de mando y decisión, ya que en definitiva, en caso de que dichas instrucciones o indicaciones no fueran cumplidas, así como en el resto de supuestos contemplados legalmente, deberán poner los hechos en conocimiento del empresario, que será en definitiva, quien adopte las decisiones oportunas. Si un técnico de prevención o un servicio de prevención, a menos que tengan delegadas las funciones de seguridad de la obra o empresa, no pueden ser considerados como sujetos “legalmente obligados”, con igual seguridad, un recurso preventivo (al cual, sin duda, se le exige una menor cualificación que a un técnico de prevención) tampoco pueden tener dicha consideración.

Surge la duda, sobre la responsabilidad del recurso preventivo en cuanto al delito de riesgo (y su incidencia en la responsabilidad del empresario) en aquellos casos en la teniendo conocimiento del incumplimiento o deficiente cumplimiento de las medidas preventivas, o en el caso de ausencia, insuficiencia o falta de adecuación de las medidas de seguridad, no lo pone en conocimiento del empresario para que éste obre en consecuencia. Respecto a la responsabilidad del empresario no hay duda de que ante tal desconocimiento, y siempre que el mismo actúe con la diligencia debida, y realizando las actuaciones pertinentes de control, quedará exento de responsabilidad. Sin embargo ¿qué responsabilidad tendría el recurso preventivo?.

Hay que partir del hecho de que nos encontramos ante un delito especial, que sólo pueden cometer “los legalmente obligados”, no entrando el recurso preventivo en tal categoría. Por ello, habría que acudir a la figura del cooperador necesario. Llegados a éste punto la primera cuestión a abordar es la de si un sujeto en quien no concurren las condiciones necesarias para ser autor de un delito especial, puede ser cooperador necesario del mismo. La STS de 8 de junio de 2006 vino a dar respuesta a tal cuestión al señalar “La jurisprudencia de esta Sala, tras declarar que la naturaleza del delito especial propio, como el delito de prevaricación impedía la condena por ese delito a extraños a la relación funcional, a partir de dos importantes Sentencias (Caso de la construcción de Burgos y Caso Guerra, respectivamente STS 18.1.94 y 24.6.94) admite la sanción del extraño si bien no podrá ser autor directo o coautor por no reunir los requisitos que el tipo exige para la autoría, pero si inductor o cooperador necesario, supuestos que en el art. 28, se equiparan a la autoría. Los hitos fundamentales de esta construcción son los siguientes:

- 1.- Es evidente que no puede imputarse la autoría de un delito de prevaricación a quien no es funcionario público.
- 2.- Distinta solución para los inductores y cooperadores necesarios, por cuanto supone participación en un hecho ajeno para el que no se requiere la modalidad que para el autor propiamente dicho exige el tipo penal.
- 3.- Quien induce a un funcionario a dictar una resolución injusta, induce a prevaricar, y es autor en consecuencia del art. 28 a) (igualmente en la cooperación necesaria 28 b).
- 4.- Puede utilizarse, por vía indirecta, el art. 65 Cp para rebajar la pena e individualizar la pena teniendo en cuenta el menor disvalor de acción del extraño. (En los textos penales anteriores al Código actualmente vigente tras la reforma operada por la lo 15/2003).

El vigente art. 65 del Código penal, tras su reforma operada por L.O. 15/2003, ha positivizado la inteligencia jurisprudencial de la participación de extraños en estos delitos especiales propios, facultando a los tribunales a empezar una pena conforme en grado a la prevista para quienes detentan el elemento especial de autoría.” Por tanto, aun cuando la referida sentencia lo refiera al delito de prevaricación, la fundamentación es utilizable para cualquiera de los delitos especiales que nos encontramos en el código Penal. Ello supone que el recurso preventivo pudiera ser cooperador necesario del delito de riesgo en el caso de que no cumpliera con las obligaciones que su cargo conlleva.

Antes de pasar a analizar la incidencia que tiene la existencia de un recurso preventivo en la responsabilidad de los coordinadores de seguridad, entiendo que procede abordar la siguiente cuestión, ¿puede un recurso preventivo ostentar otras funciones diferentes o realizar otros trabajos distintos a los que tiene atribuidas en consideración a dicho cargo? En la

práctica habitual observamos como es raro que el recurso preventivo no sea a la par, bien el jefe de obra, bien el encargado de obra, bien el coordinador de seguridad, bien el arquitecto técnico o bien un simple trabajador con otras atribuciones (cuando no es el propio empresario, en el caso de pequeñas empresas, quien ostenta dicha función). El legislador no ha recogido en precepto alguno que el recurso preventivo no pueda realizar funciones diferentes a la propia, ya que los únicos requisitos que se le exigen son:

- Capacidad suficiente.
- Medios necesarios.
- Ser suficientes.
- Permanencia en el centro de trabajo.

Ello supone que mientras el recurso preventivo disfrute de las condiciones que el legislador le requiere, podrá realizar cualesquiera otras funciones. En tal sentido, el Criterio Técnico 39/2004 de la Inspección de Trabajo referido a los recursos preventivos señala que “Cuando la asignación de la presencia realizada por el empresario recaiga sobre uno o varios trabajadores de la empresa, que no formen parte del servicio de prevención, conforme a lo previsto en el apartado 4 del artículo 32 bis de la Ley 31/1995, el ejercicio de tal actividad será compatible con la realización de otras tareas correspondientes al puesto de trabajo desempeñado por aquellos, sin que sea exigible su dedicación exclusiva a dicho cometido, si bien deberán disponer del tiempo suficiente para esa función, debiendo permanecer en el centro de trabajo mientras se mantenga la situación que determine su presencia”.

Ésta afirmación certifica, que pudiendo el empresario en virtud de lo establecido en el artículo 30 de la Ley 31/1995 (LPRL), en cumplimiento de su deber de prevención, bien designar uno o varios trabajadores, bien constituir un servicio de prevención propio, bien concertarse con un servicio de prevención ajeno, a menos que se tratare del servicio de prevención propio, podrán tener la condición de recursos preventivos. Por ello, la conclusión no deja lugar a dudas. Es compatible el ejercicio de la función de recurso preventivo con otras funciones excepto cuando se trate de miembros del servicio de prevención propio.

Finalmente debemos de dar respuesta a la primera pregunta que dibujábamos al iniciar el presente trabajo ¿ha supuesto la creación de los recursos preventivos alguna modificación en la responsabilidad de los coordinadores de seguridad y salud? Ya hemos señalado que hay quienes entienden que el coordinador de seguridad queda excluido de las labores de vigilancia del cumplimiento de las medidas de seguridad ya que dicha obligación recae ahora sobre los recursos preventivos. Apuntaban además que dicha vigilancia era de imposible realización por el coordinador de seguridad y salud, al cual además ningún precepto legal le obligaba (como sí ocurre con el recurso preventivo) a su permanencia en la obra. Sin embargo, el propio legislador da respuesta a la cuestión planteada. Así, la disposición adicional 14 afirma tajantemente que “Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las obligaciones del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra”; siendo que el citado apartado anterior se refería a la obligatoria presencia de los recursos preventivos, así como a sus labores de vigilancia. El precepto afirma, sin ningún género de dudas, que las obligaciones del coordinador de seguridad en nada han cambiado respecto a las que tenía con anterioridad a la creación del recurso preventivo. Por tanto, el

coordinador de seguridad, como señala la reciente SAP de Jaén (sección segunda) de 23 de junio de 2010 “ Por lo que se refiere a la responsabilidad del otro acusado.....como coordinador de seguridad y aparejador de la obra, habremos de llegar a la misma conclusión, pues aun siendo su misión y en consecuencia la omisión que al respecto se le imputa-STS de 26-9-01- la de exigir las condiciones de seguridad a pie de obra controlando en definitiva la observancia de las medidas de seguridad o evitando las omisiones del empresario en la facilitación de los medios...”, continua con sus obligaciones de control y vigilancia de las medidas de seguridad. Ello no es óbice, para que como afirma la citada sentencia, el coordinador se encuentre de forma permanente a pie de obra para el cumplimiento de sus obligaciones de control y vigilancia. Por lo que en los casos en los que la falta de medidas de seguridad se deba a hechos puntuales, y no por una falta palmaria de medidas de seguridad; el coordinador de seguridad y salud no será responsable.

21.- ¿HA DE TENERSE EN CUENTA EL SUBTIPO AGRAVADO DE LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL PARA EL CÁLCULO DE LA PRESCRIPCIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS?

Suscitan la cuestión varios compañeros, por cuanto la regulación del Código Penal en torno a los plazos de prescripción (legislación anterior a la reforma operada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio) establece un plazo de cinco años “*cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco*”, y un plazo de tres años respecto de “*los restantes delitos menos graves*”. Ello determina que, en los supuestos de lesiones por imprudencia del art. 152 del C.P., cuya penalidad no supera los tres años de prisión en ninguno de los tres apartados del párrafo primero, el plazo de prescripción sería de tres años, mientras que si se aplica el art. 152.2 del C.P., que establece la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años, cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional, el plazo será de cinco años.

La posición que se adopte tiene evidente interés práctico y está ligada con la concepción que se tenga de la imprudencia profesional, es decir, si se considera o no un subtipo agravado de la imprudencia.

Pues, bien, a la vista de todas las consideraciones, se llega a la conclusión de que sólo cuando se pueda apreciar, por la gravedad de la imprudencia, la misma como profesional, se deberá tener en cuenta el plazo de prescripción de cinco años, aplicando el plazo de tres años en los demás supuestos.

Reveladora de esta posición son las fichas que sirvieron de base al debate y que se reproducen a continuación:

IV.- CUESTIONES SUSTANTIVAS:

8.- ¿Debemos tener en cuenta para la prescripción, en cualquier caso, la imprudencia profesional?.

- Pena adicional: inhabilitación para el ejercicio de la profesión
 - Artículo 152.3: 1 a 4 años
- Plazo de prescripción:
 - Artículo 131.1: 5 años
- Cuestión: aparición de un nuevo imputado después de tres años
- Consideraciones procesales:
 - formulado escrito de acusación: ¿vinculados por nuestro escrito?.
 - Supuestos:
 - * Nuevas diligencias.
 - * Información suplementaria.

IV.- CUESTIONES SUSTANTIVAS:

8.- ¿Debemos tener en cuenta para la prescripción, en cualquier caso, la imprudencia profesional?.

- Criterio que se propone:

Artículo 152.3: es subtipo agravado del tipo básico y por tanto de interpretación restrictiva a efectos de prescripción.

22.- SOLUCIÓN QUE MERECEN AQUELLOS SUPUESTOS EN QUE LA VÍCTIMA RENUNCIA A EXIGIR RESPONSABILIDAD CIVIL A ALGUNO O ALGUNOS DE LOS RESPONSABLES, PERO NO A OTROS.-

Se ha planteado en alguna ocasión la curiosa situación en que la acusación particular presenta un escrito al juzgado en el que renuncia a cuantas acciones civiles y penales le corresponden contra un determinado imputados/imputados, empresa/empresas, manteniendo el ejercicio de la acción penal y de la acción civil respecto de los demás. La cuestión a resolver es el valor que dicha renuncia a la acción civil frente a determinadas personas físicas o jurídicas tiene en el proceso.

El artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que “De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”.

Por tanto, de toda infracción penal surge una acción penal y una acción civil. En cuanto al ejercicio de la acción penal, el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es claro en sus postulados, “Los funcionarios del Ministerio Fiscal, tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal, reserve exclusivamente a la querella privada.” El Ministerio Fiscal está obligado al ejercicio de la acción penal en los delitos públicos y semipúblicos (una vez que se hayan denunciado). Por tanto, la renuncia al ejercicio de la acción penal por el perjudicado no produce ningún efecto en el ejercicio de la acción penal a la que el Ministerio

Fiscal está obligado. A ello se refiere el artículo 106 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al señalar que “La acción penal por el delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida. Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan”.

El precepto ya afirma que la acción civil se extinguirá por renuncia de la persona ofendida. A ello vuelve hacer referencia la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 108 que reza, “La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular, pero si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación e indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables”. Luego la acción civil es renunciable por el perjudicado, lo que impedirá, salvo que existieren otros perjudicados, que el Ministerio Fiscal ejercite la acción civil.

En cuanto a la forma en que debe plasmarse dicha renuncia en el proceso, el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su párrafo segundo dice que “Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por eso se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación e indemnización que a su favor puede acordarse por sentencia firme, siendo menester que la renuncia de ese derecho se haga en su caso de una manera expresa y terminante”.

La primera cuestión que nos plantea la lectura del precepto es el qué debemos entender por una renuncia “expresa y terminante”. La renuncia al ejercicio de la acción civil puede producirse en dos momentos diferentes, bien durante la instrucción del procedimiento, bien durante el acto del

juicio oral. En ambos momentos la renuncia es posible. Ahora bien, lo que no es factible es que aquel perjudicado que ha renunciado al ejercicio de la acción durante la instrucción de la causa, pueda retractarse de dicha renuncia en el acto del juicio oral. La SAP de Madrid (sección 17) de 22 de abril de 2009 afirma, “Pero no es menos cierto que, precisamente, en virtud de comparecencia efectuada el 25 de enero de 2008 - cfr. f. 31- Laureano hizo renuncia de las acciones civiles y penales que pudiera ejercitar. Supuesto que la renuncia se hubo de producir por la documentación de tal acto y que habría de ir en contra del principio de seguridad jurídica -cfr. art. 9.3 de la Constitución la posibilidad de la retractación de los actos anteriores por los que se hace dejación de derechos, este Juez ad quem tiene la duda razonable de que la declaración efectuada en el acto del juicio por Laureano permitiera rehabilitar la acción correspondiente que sirviera de presupuesto para la condena por aquellas infracciones sobre las que hubiera de tener un tanto de disponibilidad”.

Con igual rotundidad se manifiesta la SAP de Madrid (sección 27) de 31 de marzo de 2009 que afirma “En todo caso, tal inacción de la defensa no puede ser obstáculo para resolver, en el sentido ahora pretendido por el recurrente, por cuanto, una vez efectuada la renuncia, no pueden los perjudicados por un delito o falta mostrarse parte en la causa, conforme dispone el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una renuncia que, como se ha señalado, se produce a presencia judicial, con la asistencia del Secretario Judicial, y que supone una clara manifestación de voluntad inequívoca e irrevocable, que sólo podría dejarse sin efecto si se estimase que se ha producido algún vicio del consentimiento, o que no se hallase capacitada para efectuarla...”.

Precisamente, para evitar estas situaciones que pueden surgir durante la celebración del juicio oral, hay que tener claro, qué entender por renuncia “expresa y terminante”.

Cuando la renuncia se produce en el acto del juicio oral por el letrado de la acusación particular, y tal renuncia no es contradicha por el perjudicado, cabe entenderla como “expresa y terminante”; en tal sentido se manifiesta la SAP Barcelona (sección 20) de 21 de agosto, “Como último motivo se alega la improcedencia de indemnización de responsabilidad civil y ello se argumenta por haberse retirado la acusación particular al inicio del plenario. El motivo debe ser estimado, ciertamente en el folio 46 ya manifiesta que no reclama, y en el mismo sentido examinado el video del acto de juicio por este Tribunal, en cuestiones previas el letrado de la acusación manifiesta que siguiendo instrucciones de su mandante retira la acusación, retirando la acción civil y penal contra el acusado, sin que en su declaración ella diga lo contrario”.

En el caso de que renuncia se produzca durante la instrucción de la causa, tanto si se produce a presencia judicial, como del secretario del juzgado, o de ambos, la renuncia debe de considerarse como “expresa y terminante”.

También se concede por las Audiencias Provinciales virtualidad a la renuncia que el perjudicado haga por escrito durante la instrucción de la causa, y en tal sentido se pronuncia la SAP de Las Palmas (sección segunda) de 25 de marzo de 2009. A mayor abundamiento, y dentro de la casuística que se encuentra en las sentencias judiciales, la STS nº 109/2006, de 8 de febrero, concede validez a la renuncia efectuada ante notario. De todas formas, no debemos de olvidar que el Tribunal Supremo se ha venido mostrando restrictivo a la hora de interpretar la renuncia de derechos por su

titular, y así, la STS de 23 de enero de 2008 afirma que “En efecto como dijimos en nuestra Sentencia de 1 de diciembre de 1990, los actos de renuncia deben entenderse de un modo "absolutamente restrictivo" para lo que se debe hacer referencia a las normas contenidas en los artículos 1283 del Código Civil según el cual "cualesquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar"; el elemento sistemático o contextual regulado en el artículo 1285 del mismo cuerpo legal: "las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas" y, finalmente, la norma específica contenida en el artículo 1815 del repetido Código, expresiva de que "la transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma". A similar conclusión lleva la doctrina sentada en el orden civil por la Sala Primera de este Tribunal cuando en su Sentencia núm. 1153/2006 de 20 de diciembre , recuerda la doctrina conforme a la cual el art. 1815 del Código Civil limita los efectos de la transacción a los objetos expresados determinadamente en ella o que se infieran de sus palabras, lo que a "sensu contrario elimina de su ámbito una previsión, una realidad o una situación distinta, tal como algún Código extranjero (el art. 779 del alemán), por ejemplo, precisa al decir que la transacción es ineficaz cuando la situación tomada como base firme, según el contenido del contrato, no corresponde a la realidad y el litigio o la incertidumbre no habían nacido con conocimiento de la situación verdadera, y evidente.”

Como colofón final, la STS nº 250/2005, de 28 de febrero recoge, “Esta sala ha examinado los mencionados folios y ha podido comprobar que de

tales cuatro renunciaciones sólo existe una que pueda considerarse tal, la referida a D. Ángel que aparece al citado folio 416, en el cual ante el requerimiento de que fue objeto en un Juzgado de Instrucción de Alicante manifestó expresamente "que no designa procurador para esta causa, porque en este acto desea renunciar a cuantas acciones e indemnizaciones pudieran corresponderle por los hechos objeto de la querella, sin que tenga nada más que añadir o precisar."

Se trata de una renuncia, hecha de una manera expresa y terminante, que produce la extinción del derecho de crédito del perjudicado contra el autor del delito, ya que no puede dejar lugar a dudas, por su claridad y contundencia, acerca de cuál fue la voluntad del renunciante.

La acción civil derivada de un delito es renunciable conforme a lo dispuesto en los arts. 106, 109, 110 y 112 LECr , de acuerdo con la naturaleza privada del derecho correspondiente.

No cabe decir lo mismo de los otros tres perjudicados a los que se refiere este motivo 3º. A los ya citados folios 374, 378 y 379, ante un requerimiento similar, los tres manifestaron que no deseaban seguir adelante con la querella y que querían retirarse del procedimiento, sin decir nada respecto del derecho que pudiera corresponderles en cuanto a la indemnización a percibir en calidad de perjudicados. Estas manifestaciones tuvieron sólo un alcance procesal y no extinguieron el referido derecho sustantivo a ser indemnizados."

De todo lo dicho, hay que entender que por renuncia "expresa y terminante" puede considerarse toda aquella que pueda certificar la dejación de sus derechos por el perjudicado, y tan sólo en los casos en que

éste pueda demostrar algún vicio en dicho consentimiento, podrá dejarse sin efecto. La renuncia a la responsabilidad civil deberá de colegirse de forma clara, terminante, y sin lugar a dudas, de las manifestaciones del perjudicado, sin que puedan realizarse interpretaciones extensivas de las referidas renunciaciones.

Siguiendo la exposición, deberemos de abordar la cuestión de los efectos que la renuncia parcial del perjudicado (contra determinados responsables) puede producir.

La STS nº 190/2003, de 14 de febrero, para el caso de la renuncia de un perjudicado respecto al responsable civil subsidiario, pero no respecto al responsable civil directo, afirma que “En el relato fáctico se relaciona el acuerdo transaccional alcanzado entre los compradores de los garajes y la entidad propietaria de los mismos, para asumir proporcionalmente los perjuicios abonando respectivamente una parte del coste, que implica una renuncia mutua a cualquier reclamación posterior. Este acuerdo conlleva la renuncia de los perjudicados a la acción civil derivada del delito exclusivamente en relación con la referida entidad, es decir la renuncia a reclamar su responsabilidad civil subsidiaria. Conforme a lo prevenido en los arts. 108 y 110 de la lecrim , los perjudicados pueden renunciar a la acción civil, en cuyo caso el Ministerio Fiscal tampoco puede ejercitarla. Esta facultad no se encuentra limitada, por lo que cabe perfectamente la renuncia a la acción frente al responsable civil subsidiario, sin renunciar a la acción frente al responsable directo.” La interpretación que hace el Tribunal Supremo respecto de las normas contempladas en los artículos 108 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no dejan lugar a la duda, ya que la facultad de renuncia a la acción civil que permite nuestra Ley Procesal, no se encuentra limitada, por lo que es perfectamente lícito renunciar a la acción respecto al responsable civil subsidiario, y no respecto

al responsable civil directo. ¿Podemos entender que el caso de responsables civiles directos, que responden solidariamente de la misma, también la renuncia respecto de uno de ellos, vincula al Ministerio Fiscal?

La STS nº 39/2007, de 15 de enero, contiene una afirmación que nos da pie a contestar a la pregunta formulada. Manifiesta dicha sentencia, ante el reproche que hacía una de las partes condenadas respecto a la circunstancia de que la parte perjudicada hubiere ejercitado la acción civil sólo sobre ella, y no sobre otro de los coacusados, “El reproche casacional no tiene el más mínimo fundamento, pues el actor civil (en este caso, también querellante) es libre de dirigir tal acción frente a los que resulten autores del ilícito penal de donde resulte tal responsabilidad civil, siendo todos ellos solidarios, sin perjuicio de que, una vez cobrada la deuda, no podrá producir enriquecimiento injusto alguno, pues obvio es que el pago parcial de una deuda aprovecha a todos los deudores solidarios en la extensión extinguida por cualquiera que la satisfaga”.

A mayor abundamiento, la STS (Sala I) de 31 de enero de 2007 en el supuesto de culpa extracontractual (artículo 1902 CC) afirma que “ Esta responsabilidad solidaria faculta al perjudicado a dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables civiles y ello sin perjuicio de que, al permanecer preexistentes las relaciones internas, se puedan utilizar las acciones de repetición que en su caso procedan por los que se declaren responsables y resultan condenados respecto a los demás intervinientes en la obra (SSTS 7 de noviembre 2003 y 8 de mayo de 2006).

El artículo 116 del Código Penal señala que “Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsable solidariamente entre si por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los

demás responsables”. Por tanto, los diversos autores de un delito son responsables civiles solidarios de las indemnizaciones a que deban hacer frente respecto de los perjudicados. En tal sentido, y al tratarse de obligaciones solidarias, deberemos de acudir a las normas que recoge el código civil, respecto al pago de las mismas. El artículo 1144 del Código Civil establece que “El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente”. Por tanto, el acreedor (en éste caso el perjudicado), puede dirigir su acción contra aquel deudor que estime oportuno. Distintos son los efectos que dicha renuncia produzca en las relaciones entre los responsables civiles (deudores solidarios). En tal sentido, el artículo 1145 del Código Civil señala que “El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo.”. Finalmente, el artículo 1143 del Código Civil señala que “La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.146. El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación.” Y el artículo 1146 del Código Civil recoge que “La quita o remisión hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios, no libra a éste de su responsabilidad para con los codeudores, en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de ellos.”.

De todo lo expuesto, se pueden plantear las siguientes hipótesis de trabajo:

- El Ministerio Fiscal formula acusación frente a cuatro imputados, mientras que la acusación particular la formula frente a tres. En éstos casos,

y vista la jurisprudencia de los tribunales, no se puede hablar de renuncia “expresa y terminante”, ya que el perjudicado (acusación particular) lo que hace es dirigir su petición de responsabilidad penal y civil, contra aquellas personas que estima oportuno. Es el supuesto a que se refiere la STS nº 39/2007, que en el caso de la solicitud de responsabilidad civil, el perjudicado la puede dirigir contra quien estime oportuno.

- Una vez celebrado el juicio oral, la acusación particular retira la acusación contra alguno de los acusados, en este caso, tampoco existe una renuncia “expresa y terminante”, por lo que el Ministerio Fiscal, puede mantener la petición de responsabilidad civil contra todos los acusados contra quienes dirija su acusación.
- El perjudicado, renuncia expresamente a dirigir la acción penal y la civil contra alguno de los imputados. Como ya adelantábamos, la acción penal es patrimonio del Ministerio Fiscal, y no queda vinculado por el hecho de la renuncia del perjudicado.

Sin embargo, la cuestión se complica en cuanto a la incidencia que la renuncia a ejercer la acción civil contra alguno o algunos de los responsables civiles subsidiarios (deudores solidarios) produce en los demás respecto a los que el perjudicado quiere mantener el ejercicio de la acción civil. En la jurisdicción civil no es habitual el planteamiento de dichas cuestiones, aunque las escasas que se han pronunciado parecen mantener una postura uniforme.

La SAP de Barcelona (sección 13) de 26 de junio de 2002, revoca el pronunciamiento dictado en primera instancia, en el cual el juzgado “a quo”, en el supuesto de que los actores habían renunciado a toda indemnización a favor de uno de los dos deudores solidarios, estimó que la renuncia de los ejecutantes a favor de uno de los deudores solidarios,

aprovechaba al otro deudor solidario. Una de las aseguradoras había satisfecho el 50% de la indemnización que le correspondía a cada uno de los autores, en virtud de auto judicial. La Sala considera que “dicha renuncia alcanza únicamente a la parte de la deuda que dicha aseguradora y los perjudicados consideran que corresponde a aquélla, y sin perjuicio de las acciones que puedan amparar a éstos para reclamar el resto de la indemnización a los restantes obligados solidariamente a su pago”. Funda la Sala dicha decisión en el hecho de que la renuncia de derechos, que se contempla en el artículo 6.2 CC, exige que la misma se realice mediante actos claros y concluyentes, y que de la lectura de los documentos que certificaban la referida renuncia, ésta se refería exclusivamente a las acciones que le correspondían frente a una de las aseguradoras, sin que pueda inferirse que dicha renuncia venía referida a la totalidad de la deuda. Añade la Audiencia Provincial, tras analizar el contenido de los artículos 1143, 1145, 1146 y 1157 del Código Civil que de la lectura de los artículos 1143 y 1146 “resulta que se extingue la obligación, y en consecuencia tal extinción aprovecha a todos los deudores, por la novación, compensación, confusión o remisión de la deuda (en su totalidad o integridad) hecha con cualquiera de los deudores, pero nada impide la remisión o quita parcial respecto a uno de los deudores, subsistiendo (como es el caso que nos ocupa) el resto de la deuda”.

Por su parte la AP de Cádiz (sección 4ª) de 18 de julio de 2001 desestima el recurso interpuesto contra el auto dictado por el Juzgado de instancia. En éste caso, los perjudicados y la compañía aseguradora llevan a cabo una transacción, en virtud del cual aquellos renunciaron a las acciones civiles y penales derivadas del accidente de circulación, acordándose igualmente, que el juicio en curso continuara tramitándose hasta la sentencia, comprometiéndose los que transigían a no reclamar nada a la aseguradora,

cualquiera que fuera el fallo, al haber sido indemnizados los perjudicados por la parte que a la aseguradora afectaba a plena conformidad de aquellos. Señala la Audiencia Provincial, que con esta premisa resulta obvio que los perjudicados sólo querían transigir con la aseguradora y no los otros posibles responsables. A ello hay que añadir que el acuerdo transaccional, en la parte abonada por la aseguradora beneficiaba a los demás deudores, en tanto los perjudicados ya no podían reclamar la parte ya cobrada de la aseguradora. Continúa el Tribunal afirmando que “la transacción por la que se cobraba de un deudor y se reservaba el continuar el juicio respecto a otros, era una remisión parcial al deudor con el que se transigía, de la mayor suma que pudiera deberse según sentencia (que de hecho estableció una mayor indemnización), pero no era una remisión total como lo evidencian la reserva a seguir el juicio...Esta insistencia y el reservarse la continuación del proceso, ponen en claro que la remisión acordada con la aseguradora no era total”. Finalmente concluye la sentencia “Como según lo dicho, la transacción debe entenderse como una remisión parcial, extinguiría la deuda en la parte recibida de la aseguradora, pero no en la mayor que se pudiera establecer en sentencia, respecto de la que no hubo renuncia y no habiéndola, no libraba a la aseguradora de su responsabilidad para con los codeudores, con arreglo al art. 1146 del citado cuerpo legal, si cualquiera de ellos pagaba el resto de la deuda. Que los perjudicados podían llegar a ese acuerdo sólo con un deudor, es claro en cuanto dueños de sus acciones legales y sin perjuicio de las derivadas de las relaciones personales entre dichos deudores. Hay que insistir que con esto en absoluto se dejaba ineficaz la transacción, puesto que el efecto de que los perjudicados no podían reclamar ya a la aseguradora, se conseguía por esta, que se libraba del litigio y la ejecución. El compromiso de no ejecutar la sentencia, expresado tras el recibo del cheque, no puede interpretarse aisladamente y sin tomar en consideración los términos de la transacción y

de ahí que incluyendo esta el proseguir las actuaciones del juicio, por todo lo antes expuesto ha de concluirse que ese compromiso se refería obviamente sólo a que no se pretendería la ejecución en relación a la aseguradora, pero no a que se renunciase respecto de otros posibles condenados, ya que eso sería incongruente con la reserva a seguir el juicio contra ellos”.

La SAP de Asturias (sección 7ª) de 25 de junio de 2002, en el supuesto de un accidente laboral del que se deriva el objeto de pleito civil, y ante la existencia de una sentencia de la jurisdicción laboral que condena a ambos y a sus aseguradoras hasta el límite de su responsabilidad al pago de determinada cantidad, señala “Conforme al art. 1145 C.C., el deudor solidario que paga la deuda tiene derecho de regreso contra el resto de los deudores por su parte con los intereses del anticipo. Sin embargo tal precepto no regula los supuestos, como el que nos ocupa, en que el deudor solidario no paga, sino que acuerda con el acreedor un acto modificativo o extintivo de la relación obligatoria distinto del pago. Tales casos se contemplan, por más que sólo parcialmente, en el art. 1143 C.C. , que se refiere a la novación, compensación, confusión y remisión hecha con cualquiera de los deudores solidarios. La naturaleza del acto no es indiferente en la relación interna entre deudores. No es lo mismo la quita o remisión que la novación, y a su vez una y otra pueden haberse convenido para toda la deuda y con eficacia por tanto respecto de todos los solidariamente obligados, o sólo respecto de la parte de la deuda de quien alcanza un acuerdo con el acreedor. En otros términos, si se hubiera convenido, por ejemplo, una quita los efectos serán diferentes según que lo sea para la totalidad de la deuda, pues beneficiaría en igual proporción a todos los deudores solidarios, o de la parte correspondiente a uno de los deudores solidarios (supuesto contemplado en el art. 1146 C.C.), en cuyo

caso sólo beneficiará a este. De otro lado, cuando se trata de la novación llevada a cabo por uno sólo de los deudores solidarios con el acreedor, se discute incluso el derecho de aquél a repetir contra los demás, arguyéndose que el pacto novatorio es *res inter alios acta*”.

La STS (Sala I) de 10 de julio de 1990 señala “Cuarto: Ha sido cuestión reiterada en los motivos segundo, tercero y séptimo del recurso la pretendida desaparición de la solidaridad pasiva que se pactó en el contrato fundamental, a consecuencia del convenio unilateralmente celebrado, a espaldas de los demás deudores, entre el Banco acreedor y don Cornelio y su esposa como deudores; cuestión que se refleja en el presente recurso, citando las vías procesales de los ordinales 3.º, 4.º y 5.º, respectivamente, del art. 1.692 de la Ley adjetiva . Conviene de principio recordar que la obligación solidaria presupone una pluralidad de sujetos, activos, pasivos o mixtos, una unidad de objeto, una duplicidad en las relaciones obligacionales, tanto vinculantes externamente entre los acreedores y el deudor o entre el acreedor y los deudores como internamente de unos y otros entre sí, y finalmente una identidad de la causa común obligacional; la unidad de la prestación hace a la misma indivisible, sin posibilidad de fraccionar el crédito o la deuda, de forma que se debe la totalidad o se es acreedor del todo; principios doctrinales que nuestro ordenamiento recoge en el art. 1.137 del CC ., "teniendo cada acreedor derecho a pedir cada deudor el deber de prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación», no pudiendo existir la solidaridad sin la concurrencia de la identidad, en el sentido que se acaba de describir; en el aspecto vinculativo, junto a las relaciones externas que ligan a los acreedores y a los deudores, existen las puramente internas entre estos dos grupos de sujetos, traducidas positivamente en las prevenciones de los arts. 1.145, 1.146 y 1.147 del CC ., en cuanto a la insolvencia o culpa de alguno, o a la remisión individual

seguida del pago total. Admitida la unidad en el objeto y estas vinculaciones externas e internas que acabamos de enumerar, el CC. establece de una forma terminante que "el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación, sólo pudiendo el que hizo el pago reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo (art. 1.145)»; la doctrina, y en cierto modo la jurisprudencia, tienen declarado que la renuncia a la solidaridad por parte del acreedor, frente a uno solo de los deudores, externamente convierte al deudor beneficiado en mancomunado, por la parte de la deuda que le corresponda en la división interna, pero mantiene la solidaridad respecto a los demás deudores a los que no se refiere la renuncia, y ello sin perjuicio de mantenerse también en el orden interno el vínculo solidario del excluido, derivado de la insolvencia de sus compañeros, e incluso de la culpa de alguno de ellos, dado que los codeudores no han prestado su consentimiento a la renuncia, y pueden verse perjudicados con ella. Semejante solución sostiene la doctrina en orden a la remisión o condonación de la deuda hecha por el acreedor de la parte que afecta a uno de los deudores solidarios, supuesto contemplado en el art. 1.146 del C , atribuyéndose al deudor condonado la liberación de la deuda frente al acreedor condonante, y también frente a sus compañeros codeudores, salvo los supuestos establecidos en los arts. 1.145, 1.147 y último párrafo del propio art. 1.146 , pero en todo caso manteniéndose inalterable la solidaridad de los demás deudores no favorecidos por el acreedor común. La precedente doctrina que se acaba de exponer produce el rechazo de las argumentaciones mantenidas en los motivos que estudiamos, pues tanto si entendemos que don Cornelio y su esposa, con el pago efectuado extinguieron parte de la deuda solidaria, como si apreciamos una renuncia del Banco a la solidaridad frente a dos de los deudores, o una condonación o remisión de la deuda correspondiente a los mismos, la solución de

mantenerse la solidaridad de los restantes deudores frente al acreedor común es constante, e incluso el mantenimiento interno de esta solidaridad de los deudores beneficiados, frente a sus propios compañeros en los casos antes referidos, y no digamos si, como realmente ocurrió, resulta de aplicación el párrafo primero del art. 1.145 del CC . con el correspondiente nacimiento de la acción de regreso en favor de los que pagaron. Por todo lo expuesto deben desestimarse: el motivo segundo, por no tratarse de un error fáctico el problema debatido, sino de una interpretación legal; el motivo tercero, por las razones ya expuestas respecto a la congruencia en el Fundamento de Derecho anterior, y el motivo séptimo, por no existir violación de los arts. 1.137, 1.138 y 1.139 de nuestro CC , relativos al concepto de solidaridad.”

La conclusión que se obtiene de la doctrina mantenida por las citadas sentencias, es que las mismas están admitiendo la posibilidad de una remisión parcial de la deuda respecto de alguno de los deudores solidarios; sin perjuicio de las relaciones internas entre los deudores solidarios. La remisión total de la deuda debe de realizarse de una manera expresa, por lo que la renuncia respecto de uno de los deudores solidarios no supone la renuncia respecto de los demás, a menos que esta resultara clara de los actos del acreedor solidario (perjudicado). Por tanto, si durante la tramitación, o en el acto del juicio oral, el perjudicado renunciara al ejercicio de la acción penal y civil respecto de uno o varios de los imputados-acusados; la acción penal se continuará ejercitando por el Ministerio Fiscal, sin embargo, respecto de la acción civil, el Ministerio Fiscal quedará vinculado a la renuncia del perjudicado con respecto a los responsables solidarios, y mantendrá la petición de la responsabilidad civil respecto de los demás.

En el caso de que conste la cantidad abonada por el deudor solidario, a fin de evitar un enriquecimiento injusto por parte del perjudicado, dicha cantidad habrá de descontarse del total de la cantidad a solicitar. En el caso, de que no conste cantidad alguna abonada por dicho responsable solidario, entiendo que la cantidad a solicitar sería el total de la deuda, sin perjuicio de que el resto de los deudores, o aquel que hubiera pagado la misma, pudiera repetir contra él, tal y como recoge el artículo 1146 CC. Entiendo que lo que no se podría realizar sería la reducción proporcional de la cantidad de la que era deudor el “imputado-acusado” respecto del cual se produjo la renuncia, y ello porque siempre cabría la posibilidad de que aquel para quien remite su parte proporcional de la deuda resulte absuelto, con lo cual en ningún momento ha sido deudor solidario, ya que tal carácter nacerá desde el momento en que así lo establezca una sentencia judicial. Circunstancia diferente sería el que en ejecución de sentencia, y una vez configurada la obligación solidaria (acreedores y deudores), el perjudicado renunciara a la cuota que le corresponde respecto de uno de los deudores solidarios, en tal caso, la deuda quedaría minorada respecto de su cuota proporcional; todo ello si afectar a los vínculos solidarios entre todos los deudores, con lo cual, el resto de deudores que abonaren la deuda tendrán derecho a repetir contra dicho deudor en la parte proporcional que le correspondiere del resto de la deuda.

23.- ANTEPROYECTO DE LEY REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO LABORAL.-

Se hizo saber a los Fiscales la redacción del anteproyecto de ley reguladora del procedimiento laboral, por cuanto puede tener una incidencia importante en la siniestralidad laboral, al decantarse el anteproyecto por extender la jurisdicción social al conocimiento “*sobre reclamaciones de cualquier clase en las materias de prevención de riesgos y de protección de la integridad y salud laboral como obligaciones legalmente integradas en el vínculo de trabajo*” (art. 2. a), así como “*Sobre las acciones ejercitadas, conjunta o separadamente, por los trabajadores contra el empleador u otros terceros vinculados a él por cualquier título, incluso la acción directa contra la aseguradora, por los daños materiales o morales causados con motivo u ocasión de la prestación de servicios, incluido el incumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos laborales y por culpa contractual o extracontractual,...*” (art. 2.b), y, además “*sobre el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgo laborales por los empleadores y por quienes vengán obligados a coordinar su actividad con ellos o por cualquier otro título deban observar obligaciones de prevención de riesgos laborales en relación con los trabajadores y otros asimilados a ellos según lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales: trabajadores por cuenta ajena, socios trabajadores de sociedades laborales y cooperativas de trabajo asociado y trabajadores autónomos económicamente dependientes; sobre el cumplimiento de la misma clase de obligaciones por parte de las administraciones públicas respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal sanitario estatutario o personal laboral; así como sobre la participación que corresponda en esta materia a trabajadores y empleados a través de*

sus órganos de representación y participación en el ámbito de la empresa o de la Administración pública. A estos fines, todos los trabajadores y sus asimilados anteriormente citados podrán ejercer sus acciones en el proceso laboral en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena” (art. 2 e).

Ello determina la posibilidad de que se acabe con el grave problema que supone el conocido como “peregrinaje de jurisdicciones” que podía determinar litigios para los responsables, perjudicados o víctimas ante la jurisdicción social (recargo de prestaciones y reclamación de responsabilidad civil), civil (responsabilidad civil extracontractual), contencioso administrativo (impugnación de la sanción) y ante la jurisdicción penal, cuando los hechos, además, pudieren ser constitutivos de infracción penal.